

موجز
الأحكام العامة للالتزام
في القانون المدني المصري

دكتور محمد شكرى سرور
أستاذ القانون المدنى المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الطبعة الأولى
١٩٨٥/٨٤

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربى
١١ شارع جوار صنى / القاهرة
ص ب ١٣٠١ - ت ٧٦٠٥٢٣



موجز
الأحكام العامة للالتزام
في القانون المدني المصري

دكتور محمد شكرى سرور
أستاذ القانون المدنى المساعد
بمطبعة الحقوق جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

١٩٨٥/٨٤

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربى
١١ شارع جوار صفى / القاهرة
ص ب ٣٠٠١ - ت ٧٦٠٥٩٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم ، وتقسيم (*) :

يقصد بأحكام الالتزام موضوع هذه الدراسة : مجموعة القواعد العامة التي تحكم الالتزام — بصرف النظر عن مصدره — من وقت نشأته وحتى انقضائه . وتتناول هذه القواعد ، ما يترتب على الالتزام من آثار ، وما يمكن أن يدخل عليه من أوصاف . كما تنظم انتقال الالتزام : وأسباب انقضائه .

وكانت المجموعة المدنية الحالية ، تنظم الى جانب ذلك قواعد اثبات الالتزام : في الباب السادس من الكتاب الأول (المواد من ٣٨٩ — ٤١٧) . ولكن هذه القواعد ألغيت ، وصدر بالاثبات قانون مستقل هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وعلى ذلك : نقسم هذه الدراسة الى أربعة أبواب على النحو التالي :

- الباب الأول : في آثار الالتزام .
- الباب الثاني : في أوصاف الالتزام .
- الباب الثالث : في انتقال الالتزام .
- الباب الرابع : في انقضاء الالتزام .

(*) ملحوظة :

من أجل تسهيل عملية الطباعة ، ولغرض اختصار حجم هوامش هذا المؤلف ، رأينا اختصار أسماء دوريات أحكام القضاء الفرنسية في رموز ، والاشارة اليها معربة على النحو التالي :

Gazette du Palais	= ج . ب
J.C.P. (La Semaine Juridique)	= ج . ك . ب
Dalloz (Jurisprudence générale)	= د
» — information rapide —	= » — أ . ر —
» — Sommaire —	= » — س —
Dalloz Hebdomadaire	= د . أ
Revue trimestrielle de dr. civ.	= ر . ت
Revue critique de légis. et de j.	= ر . ك
Sirey	= س

اثر الالتزام

الباب الأول

تمهيد

تنفيذ الالتزام (وجوبه . انواعه . مدى امكان الجبر عليه) :

١ - منطقيا ، ينشأ الالتزام لينفذ . شاء المدين هذا التنفيذ أم لم يشأ ، حين يمكن للدائن : في الفرض الأخير : أن يجبره أو يقهره على التنفيذ . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١٩٩ مدنى التى تقضى بأن « ينفذ الالتزام جبرا على المدين » ^(١) . وهكذا فان الأثر الوحيد الذى يتصور أن يترتب على الالتزام . انما هو وجوب تنفيذه ^(٢) . هذا التنفيذ الذى قد يتم اختيارا : والا فجبرا : أو قهرا .

ولما كان المبدأ فى الشرائع الحديثة هو عدم جواز القصاص للنفس ، يكون المقصود بالقهر فى هذا الصدد : هو القهر العام ^(٣) : فى معنى أن بوسع الدائن أن يستعين بالسلطة العامة لجبر مدينه على التنفيذ .

كما أنه بالنظر الى أن ضمان الدائن أصبح فى العصر الحاضر على أموال مدينه فحسب : يكون المقصود بالقهر هنا ، هو القهر المالى ؛ اذ لم يعد فى الحقيقة للاكراه البدنى الذى كان سائدا

(١) كذلك ، وفى نفس المعنى ، تقضى المادة ٢٠٣ مدنى بأن « يجبر المدين ... على تنفيذ التزامه ... » .

(٢) وفى هذا يختلف أثر الالتزام ، كما هو واضح ، عن أثر العقد . فهذا الأخير يمكن أن يترتب آثارا متعددة : قد تكون نشأة التزام لم يكن موجودا من قبل ، أو انتقال التزام موجود : أو تعديل هذا الالتزام ، أو انقضاءه . انظر فى هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكى . الوجاهة فى النظرية العامة للالتزامات . ط/٣ - ١٩٧٨ بند ٣٦٤ ، وانظر فى وجه آخر للفرقة بين أثر الالتزام وأثر العقد : د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس احكام الالتزام ص ٦ هـ ١ .

(٣) فى هذا المعنى :

MAZEAUD (H.L.J) : Leçons de droit civil T. 2 ; 5 éd.
1973 par JUGLART. No 932 P. 910.

في العصور القديمة ^(١) من وجود الا في حالات أو تطبيقات استثنائية قليلة ^(٢) .

كذلك ، فلما كان الأصل هو أن عدم تنفيذ المدين للالتزامه لا يعد جريمة ، ومن ثم لا يستتبع عقوبة جنائية ^(٣) ، يكون المقصود بالقهر هنا : هو القهر المدني البحت ^(٤) .

٢ - والأصل في تنفيذ الالتزام ، أن يقوم المدين بتأدية عين أو ذات ما التزم به ، حين يسمى التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ

(١) راجع في اصل فكرة الاكراه البدني ، وتطورها : د. سليمان مرقس موجز الالتزامات ١٩٦١ بند ٦٠٥ ، ٦٠٦ .
(٢) فجواز اللجوء الى طريق الاكراه البدني لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، ينحصر ، في مصر ، في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن ، وكذلك في المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة (وهي الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات) . ففي المجال الأول تقضى المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه « اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو اجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التي يقع بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه . ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . اما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم به أو احضر كفيلا فانه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » . وفي المجال الثاني ، قضت المادة ٥١١ من قانون الاجراءات الجنائية بأنه « يجوز الاكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة . ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط » .

وفي فرنسا أيضا ، بدأ الالفاء التدريجي لنظام الاكراه البدني منذ قانون ٢٢ يولية ١٨٦٧ ، وأصبحت تطبيقات هذا النظام ، وعلى الأخص بعد تعديل قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي سنة ١٩٥٩ ، استثنائية للغاية . راجع في هذا التطور :

STARCK (B) : Droit civil (obligations) 1972 No. 2409.

وانظر أيضا : جوجلار (دروس مازو) سابق الإشارة البنود

٩٣٨ - ٩٣٩ .

(٣) لكن هذا الاصل لا يخل بأن هناك احوالا يمكن ان يعتبر عدم تنفيذ المدين للالتزامه فيها جريمة جنائية ، منها : على سبيل المثال ، اخلال المودع لدين بالتزامه برد الوديعة ، حيث يعتبر في هذه الحالة مرتكبا لجريمة خيانة امانة . راجع في امثلة اخرى : جوجلار سابق الإشارة بند ٩٣٢ .

(٤) في هذا المعنى جوجلار بنود ٩٣٢ .

العيني . فإذا لم تتوافر شرائط هذا النوع من التنفيذ - التي سنعرض لها فيما بعد - لا يكون أمام الدائن من مفر سوى أن يقنع بمبلغ نقدي يكون مقابلا للأداء الأصلي . أو بعبارة أخرى . عوضا عنه . حين يسمى التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض .

٣ - غير أن ما تقدم من امكان جبر المدين على التنفيذ . إنما يصدق في الحقيقة على الالتزام في صورته العادية ، وهو ما يقال له الالتزام المدني . حين أن هناك نوعا آخر من الالتزام - وإن كان استثنائيا - يفتقر الى امكان جبر المدين على تنفيذه : وهو ما يعرف بالالتزام الطبيعي . لذلك استدركت الفقرة ٢ من المادة ١٩٩ مدني : على الأجل المقرر بفقرتها الأولى من جواز جبر المدين على تنفيذ التزامه : فقضت بأنه « ومع ذلك : إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه » .

وتجد التفرقة بين هذين النوعين من الالتزام . من هذه الوجهة . أساسها في أن الالتزام الطبيعي - وإن شارك الالتزام المدني في عنصر المديونية (أي الأداء الواجب على المدين) - إلا أنه يتجرد من عنصر المسؤولية الذي يمكن للدائن بمقتضاه جبر مدينه على التنفيذ إذا لم يقيم بذلك طواعية .

٤ - ونفرد : فيما يلي دراسة مستقلة للالتزام الطبيعي بحسبانه صورة غير عادية : لنفرغ بعد ذلك للخوض في تفاصيل آثار الالتزام المدني (العادي) .

الالتزام الطبيعي (١) L'obligation naturelle

التعريف به . وأساسه . وعناصره . وآثاره .

٥ - أشرنا فيما تقدم الى اشتمال الالتزام المدني على عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . والعنصر الأخير هو العنصر

(١) راجع في دراسة وافية لهذا الالتزام . د. ثروت حبيب . الالتزام الطبيعي (حالاته وآثاره) ١٩٦١ .

الأساسى فى علاقة الالتزام التى تربط الدائن بالمدين • وهو العنصر الذى يمكن للأول أن يجبر الثانى على تنفيذ ما التزم به •

ويقابل هذا النوع من الالتزام ما يعرف بالواجبات الأدبية • وهى أمور ترجع كلية الى ضمير الفرد وحده وخلقه الشخصى • ومثالها واجب الاحسان الى فقير • مثل هذا النوع من الواجبات يتجرد تماما من عنصر الجزاء المدنى • كما أن الوفاء به لا يعتبر وفاء بدين واجب فى الذمة وانما يتعبر من قبيل التبرع المحض •

٦ — غير أن هناك منطقة وسطا بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى • ويحتل الالتزام الطبيعى هذه المنطقة • غلا هو يرتقى الى مرتبة الالتزام المدنى وذلك لافتقاره الى عنصر المسؤولية • حيث لا يمكن حمل المدين به على تنفيذه رغما عنه ^(١) • ولا هو يهبط الى مستوى الواجب الأدبى ^(٢) • وذلك لاشتماله على عنصر المديونية • الأمر الذى يجعل من وفاء المدين به عن بينة واختيار • وفاء لدين واجب فى الذمة وبالتالي ألا يعد بامكانه الرجوع فيه واسترداد ما أداه •

٧ — ووجود الالتزام الطبيعى فى هذه المنطقة الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق • هو الذى يقف — فى الحقيقة — وراء اختلاف الشراح فى تأسيسه وتحديد مصدره •

(١) ولذلك ينتقد بعض الشراح اطلاق تعبير « التزام » على هذا النظام • حتى ولو وصف — نقيدا — بأنه « طبيعى » • انظر : د. جميل الشرقاوى • النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) ١٩٨٣ بند ٢ • كذلك تساءل بعض الشراح الفرنسيين • عما اذا لم يكن هناك تناقضا بين استخدام لفظ الالتزام • والقول فى نفس الوقت أن هذا الالتزام مجرد من الجبر • بما يعنى أن هناك « التزاما غير الزامى » •
COLIN et CAPITANT, avec : DE LA MORANDIERE : Cour élé. de dr. civ. français. T. 2 ; 8 éd. 1935 N° 272 p. 263.

(٢) لذلك ينعتبه البعض أحيانا بالالتزام الناقص • انظر : د. عبد المنعم فرج الصدة • احكام الالتزام ١٩٥٥ بند ٥ •

فالنظرية التقليدية للالتزام الطبيعي^(١) — والتي تتأسس على تقاليد القانون الروماني — كانت تقرب بينه والالتزام المدني ؛ حين رأت فيه التزاما مدنيا ناقصا : اما لأن هناك عقبة حالت دون اكتمال عناصره . أو حالت دون بقاءه . ومثال الفرض الأول حالة الميعة الباطلة لعب في الشكل . حيث يتخلف عنها لدى أنصار هذه النظرية التزام طبيعي في ذمة الورثة . بتنفيذها^(٢) للموهوب له . ومثال الفرض الثاني : حالة الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم . حيث يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي بتنفيذه^(٣) .

٨ — وهذه النظرة — فضلا عن عدم دقتها — انما تحصر الالتزام الطبيعي في دائرة ضيقة . وتهمل تماما الأساس الخلقي في الالتزام الطبيعي . حين أنه — في الواقع — أساسه الجوهرى^(٤) . فالمدني حين يفنى بالتزام سقط بالتقادم ، ومن ثم يعلم أنه غير مجبر

(١) راجع في عرض مفصل لهذه النظرية : كولان وكابيان و دى لاموراندير ، المرجع السابق ، البنود من ٢٧٣ — ٢٧٥ : د. ثروت حبيب المرجع السابق بند ٢١ وما بعده . د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج ٢ ، الاثبات — وآثار الالتزام ، ١٩٥٦ ، البنود ٣٩٠ ، ٣٩١ : د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند ٥٦٠ . د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس احكام الالتزام بند ٧ .

(٢) وتقتضى المادة ٨٩١ — مدني مصري بأنه « اذا قام الواهب أو ورننه مختارين » بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم ان يستردوا ما سلموه » . ويرى البعض في مصر . في هذا الفرض . مثالا من امثلة الالتزام الطبيعي : انظر د. الصدة . المرجع السابق ، بند ٧ . فيها لا يرى البعض الآخر ذلك . ويجهدون في بخريج الحل الذي أنت به هذه المادة على اساس آخر . انظر في هذه الاجتهادات : د. عبد الرزاق السنهوري بند ٣٩٥ . د. ثروت حبيب بند ١٣١ .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٨٦ مدني .

(٤) لمزيد من التفاصيل في نقد هذه النظرية راجع د. السنهوري بند ٣٩١ .

على وفائه ؛ انما يقوم بهذا السداد ارضاء للضمير ^(١) . كما أن خلق الوارث هو الذى يملئ عليه تنفيذ الهبة الباطلة الصادرة من مورثه .

٩ — لذلك فان النظرة الحديثة للالتزام الطبيعى انما تقرب بينه والواجب الخلقى ^(٢) . ولكن لما كان من الضروري فى نفس الوقت . الاحتفاظ بالحدود الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق . فان نوعا خاصا من الواجبات الخلقية هو الذى يرتقى الى مصاف الالتزامات الطبيعية ؛ وهو الواجب الخلقى الذى ارتقى فى وعى الجماعة الى حد التعارف على وجوب الوفاء به ارضاء للضمير ^(٣) . ومن أمثلة ذلك : واب الانفاق على قريب ممن لا يكون الشخص ملتزما بالانفاق عليهم قانونا ^(٤) . وواجب تعويض الضرر ؛ اذا لم تتوافر أركان المسؤولية من الناحية القانونية فى حق المتسبب فيه ورأى مع ذلك وجوب تعويضه ^(٥) . وواجب من أثرى على حساب غيره ؛ بسبب ؛ فى أن يرد للمفتقر ما يقلل من قدر افتقاره . وواجب دفع مكافأة لمن أمضى فى خدمة الشخص

(١) على ان يلاحظ ان الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم ؛ وانما يتعين لذلك ان يدفع المدين بهذا الانقضاء . او بعبارة اخرى ان يتمسك به ، والا بقى التزاما مدنيا واجب التنفيذ . ويتفرع على ذلك انه اذا كان المدين لم يتمسك بهذا التقادم . وانما على العكس تنازل عنه يعد اكتمال مدته ؛ فان اثر ذلك هو بقاء الالتزام مدنيا . ولا يتخلف عنه فى هذه الحالة التزام طبيعى .

انظر فى هذا المعنى : نقص ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ .

(٢) ويعرف د. السنورى . لذلك الالتزام الطبيعى بانه «واجب ادبى يدخل فى منطق القانون » . بند ٣٨٧ . وفى نفس المعنى يقول جوسران أن الالتزام الطبيعى ليس شيئا آخر غير واجب ادبى ارتفع الى مستوى الالتزام الناقص .

JOSSERAND (L) : Cours de dr. civ. positif français. T. 2 : 2 éd 1933 No 717.

(٣) انظر : د. أنور سلطان . النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام) بند ١٩ .

(٤) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٥/٧/٢٢ (د. ١٨٩٦ — ١ — ٥٦٩) .

(٦) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٢/٤/٥ (س. ١٨٩٥ — ١ — ١٢٩) وتعليق باليدير .

زمننا طويلا عرفانا بالجميل • وواجب الأب في معاونة ابنته على تأثيث منزل الزوجية ... الخ •

ويتضح مما تقدم ، أن المعيار في وجود الالتزام الطبيعي هو معيار موضوعي ^(١) ؛ إذ ليس الحاسم في رقي هذا الواجب الى مصاف الالتزام الطبيعي هو الخلق الشخصي للمدين به . وإنما هو ما تعارفت عليه الجماعة وفق الأخلاق السائدة في المجتمع • ويبقى الأمر في النهاية ، بطبيعة الحال — للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع •

١٠ — وهكذا اتسعت دائرة الالتزام الطبيعي في الوقت الحاضر . وأصبح لا يقتصر على الالتزام المدني المتحلل بجزورتيه السابقتين : التزام مدني لم يكتمل • أو بفضلة من التزام مدني كان قائما • هذا التصوير الحديث . هو ما قننه المشرع المصري . حين نصت المادة ٢٠٠ مدني على أن : « يقدر القاضي عند عدم النص ما اذا كان هناك التزام طبيعي • وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » •

ويخلص من هذا النص أنه — في غير الحالات التي نص عليها المشرع صراحة — يكون أمر تقدير وجود الالتزام الطبيعي متروك للقاضي ؛ على أن يراعى في ذلك ما يأتي :

أولا : ضرورة أن يكون الواجب الأدبي — قوام الالتزام الطبيعي — قابلا للتنفيذ • وهو لا يكون كذلك الا اذا كان محددا في محله وفي أشخاصه : بما يجعله يشبه الالتزام القانوني من حيث صلاحيته للتنفيذ ^(٢) ، والا بقي في إطار الواجبات الأدبية المحضة .

(١) راجع في تفاصيل ذلك : د. ثروت حبيب ، المرجع السابق :

بند ١٤٣ ، ١٤٤ •

(٢) في هذا المعنى : د. سليمان مرقس • المرجع السابق بند

٥٦١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، بند ٨ •

والتي تفتقر عادة الى هذا التحديد (١) .

ثانيا : سمو هذا الواجب . في خلق الجماعة : الى حدد التعارف على ضرورة الوفاء به ارضاء للضمير . وهو أمر يقدره القاضي في ضوء الأخلاقيات السائدة في المجتمع . ومن هذا الشرط يتضح أن فكرة الالتزام الطبيعي هي فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر . وفي المجتمع الواحد من زمن لآخر .

ثالثا : عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام . وهو شرط حرص المشرع على ابرازه في المادة ٢٠٠ مدني التي قضت بأنه « وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » . مع أن هذا الشرط مفهوم لذاته في حقيقة الأمر . وكان يمكن — استخلاصه من جوهر فكرة الالتزام الطبيعي ذاتيا حتى ولو لم يرد به نص قانوني . فقوام الالتزام الطبيعي كما قلنا هو واجب أدبي أنزلته الجماعة منزلة سامية يتعين معها وجوب الوفاء به . ولا يتصور في الحقيقة أن تتوضع الجماعة على ما فيه هلاكها وانحلالها من الأمور المخالفة للنظام العام . بل ان مثل هذه الأمور ليست تقتصر على أنها تعجز عن الارتقاء الى مستوى الالتزامات الطبيعية . انما هي لا ترقى أساسا الى مجرد الواجب الأدبي المحض (٢) . وحتى بافتراض أن هناك من الأمور ما يسود الاعتقاد بوجوب الوفاء به لدى أوساط معينة من الناس . فان هذه الأمور لا يمكن أن ترقى الى مستوى الالتزام الطبيعي اذا كانت تخالف النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع في مجمله . ففي أوساط المقامرين مثلا يعتبر الدين الذي نشأ من القمار دين شرف (٣) يلتزم به الخاسر رغم عدم امكان مطالبته به . حين

(١) فالاحسان الى الفقراء . مثلا . هو محض واجب أدبي . لا نحدد فيه لموضوع هذا الاحسان ولا لشخص المحسن اليه . أما دفع الأب مبلغا نقديا لابنته لمعاونتها في تأثيث منزل الزوجية . غائه من قبيل الوفاء بالالتزام الطبيعي .

(٢) في هذا المعنى : د. عبد الفتاح عبد الباقي . بنسب ٨ .

(٣) : « وليس هذا من الشرف في شيء » على حد تعبير د. الصدة

بنسب ٧ .

لا يمكن أن يرتقى هذا الدين الى مستوى الالتزام الطبيعى حيث مخالفة المقامرة لأخلاقيات المجتمع عامة . ولذلك تقتضى المادة ٧٣٩ مدنى بأن « ... لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ... ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (١) .

١١ — وفى ضوء ما تقدم من مقومات الالتزام الطبيعى . يمكن آثاره (٢) على النحو التالى (٣) :

١ — لا يستطيع المدين به ، وقد أداه عن بينة بأنه يفى بالالتزام لا يمكن أساسا جبره على تنفيذه (٤) . وعن اختيار لم تكره ارادته عليه . أن يسترد ما أداه . فالوفاء به فى هذه الحدود انما هو وفاء بدين واجب فى الذمة لتوافر عنصر المديونية فى هذا الالتزام وليس

(١) ورغم أن المادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى لا تجيز — على العكس — للخاسر فى مقامرة أن يسترد ما أداه باختياره ، إلا أن بعض الشراح الفرنسيين يرفضون تأسيس هذا الحكم على فكرة الالتزام الطبيعى ، بحسبان المقامرة عملا غير اخلاقى لا يمكن أن ينشأ عنه مثل هذا الالتزام . ويرون فيما نصت عليه هذه المادة حكما استثنائيا يمكن تخريجه على أساس من المبدأ القائل بأنه « اذا ما وقع المحذور من الجانبين فلا يسترد المدفوع » . انظر :

DEBOIS et GAUDEMET (J) : par GAUDEMET (E)
Théo gén. des obligations. 1965 P. 487.

كذلك يجوز للمدين الذى دفع فائدة تزيد نسبتها عن ٧٪ من أصل الدين — اعمالا للاتفاق بينه وبين الدائن — أن يسترد ما دفع زائدا عن هذه النسبة . حتى ولو كان وقت الدفع يشعر بأنه يفى بتعهد واجب عليه . ولا يمكن دفع هذا الاسترداد بمقولة أن المدين أوفى بالالتزام الطبيعى بالاتفاق على فوائد تزيد عن هذه النسبة يعتبر مخالفا للنظام العام . وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ مدنى .

(٢) راجع فى تفاصيل آثار الالتزام الطبيعى : د. ثروت حبيب بند ١٥٥ وما بعده ، الصفحات من ٣٨٧ — ٥٥٢ .

(٣) انظر فى دراسة تاريخية لما كان يترتب على الالتزام الطبيعى فى السابق من آثار : د. سليمان مرقس بند ٥٦٢ .

(٤) وفى القانون الرومانى ، كان الوفاء بالالتزام طبيعى . عن غلط فى ماهيته ، لا يمكن الرجوع فيه . اثار لذلك : دييوا وجودييه . المرجع السابق ص ٤٨٦ .

من قبل التبرع ولا يخضع لأحكامه . وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٠١ بأنه « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

٢ — إذا تعهد المدين — عن بينة واختيار — بالوفاء به ، اكتمل لهذا الالتزام عنصر المسؤولية الذي كان يفتقده . وتحول الى التزام مدنى . وفي هذا المعنى تنص المادة ٢٠٢ بأن « الالتزام الطبيعى يضلح سبباً للالتزام مدنى » .

٣ — لا يتقاصى الالتزام الطبيعى مع التزام مدنى ^(١) . ولا يجوز كفالته ^(٢) . وذلك لأنه سوف يترتب على كل من المقاصة أو الكفالة فى نهاية الأمر — وان كان بشكل غير مباشر — اجبار المدين بالالتزام الطبيعى على تنفيذه . وهو ما لا يجوز . فضلاً عن أنه لا يسوغ — فى الكفالة — أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الاصلى ^(٣) .

تقسيم :

بعد هذه المقدمة ، نوزع الدراسة فى آثار الالتزام المدنى على ثلاثة فصول : نعرض فى أولها للتنفيذ العيني . وفى الثانى للتنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض) . لنكرس الثالث لدراسة ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان .

(١) وفى القانون الرومانى كانت هذه المقاصة جائزة . اشارة لذلك : ديبوا وجوديميه ص ٨٦ .

(٢) انظر عكس ذلك . وان كفالته تجوز . قياساً على كفالة التزام ناقضى الاهلية : ديبوا وجوديميه ص ٤٨٨ .

(٣) كذلك يرى البعض أن الالتزام الطبيعى . حالة كونه كذلك ، لا يتصور أن يكون مضموناً برهن . إذ الحق العيني التبعى لا يتصور أن يكون اكبر قوة من الحق الاصلى . فى هذا المعنى : جوبيران . المرجع السابق بند ٧١٥ . وعكس ذلك : ديبوا وجوديميه ص ٨٨٨ .

الفصل الأول

التنفيذ العيني

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على ثلاثة مباحث : نعرض في أولها لشروط التنفيذ العيني : وفي الثاني لكيفية هذا التنفيذ : لنخصص الثالث لدراسة إحدى وسائل حمل المدين على تنفيذ التزامه عينا وهي الوسيلة التي تعرف بالغرامة التهديدية .

المبحث الأول

شروط التنفيذ العيني

١٢ — ذكرنا من قبل أن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل . ونضيف هنا أنه حق لكل من الدائن والمدين : بما يعنى أنه لا يمكن لأيهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض .

١٣ — وقد أجملت شروط هذا النوع من التنفيذ المادة ٢٠٣ مدنى . حين قضت بأنه « يجبر المدين — بعد اذاره — . . . على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا . على أنه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي : اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

ويخلص من هذا النص : أن شروط التنفيذ العيني تتلخص في :

١ — أن يكون التنفيذ العيني ممكنا :

فاذا استحال التنفيذ العيني امتنع الحكم به على المدين . لتحدد بعد ذلك مسؤوليته تبعا لسبب هذه الاستحالة : فاذا كانت بفعله —

(م ٢ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

وهو أمر متصور في جميع صور الالتزام باستثناء ما كان محله دفع مبلغ من النقود — أصبح مسئولا بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني .
مثال ذلك أن يعدم المدين محل ما هو ملتزم بنقل ملكيته ، أو يمتنع عن تنفيذ عمل قائم على اعتبار شخصيته ؛ أو يفوت الميعاد الملائم لتنفيذ الالتزام ؛ أو يأتي بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه خلال مدة المنع .
أما إذا كانت هذه الاستحالة بسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام كلية وامتنع على الدائن حتى أن يطالب بالتعويض (م ٣٧٣) .

٢ — ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا :

التنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حد ذاته . ولكنه يلحق بالمدين ضررا جسيما . وكان الأصل ألا يعتد بهذا الارهاق اعمالا للمبادئ التقليدية التي تعطى للدائن بالتزام مدنى الحق في جبر مدينه على الوفاء به . لكن اعتبارات العدالة التي تقف وراء كثير من الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وتطبيقا لفكرة عدم جواز التعسف في استعمال الحق — قد حدثت بالمشرع أن يجيز للمدين أن يستبدل بالتنفيذ العيني في هذه الحالة دفع تعويض للدائن (١) ، ما دام أن هذا الاستبدال لن يلحق بهذا الأخير ضررا جسيما (٢) : والا وجب الرجوع الى الأصل والزام المدين بالتنفيذ العيني .

٣ — ألا يكون في التنفيذ العيني الجبرى ماسا بحرية المدين الشخصية :

قد تكون شخصية المدين محل اعتبار في بعض صور الالتزام بعمل . وعندئذ فإن مجرد امتناع المدين عن التنفيذ بالرغم من امكانه وعدم ارهاقه ، إنما يعد في الواقع من قبيل الاستحالة التي تحرم

(١) ويدهى أن تقدير مدى الارهاق إنما هو من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . انظر نقض ١٩٧٠/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ من ١٢٣٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٣/٢٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٥١ من ٨٦٥ .

الدائن من مكنة الاصرار على طلب التنفيذ العيني^(١) ، لأن في مثل هذا الاجراء في هذه الحالة مصادرة لحرية المدين الشخصية^(٢) . فضلا عن أنه لن يؤدي الى أداء العمل على الوجه المنتظر^(٣) اللهم الا اذا أفلح في حمله على التنفيذ العيني بوسيلة غير مباشرة وهي وسيلة التهديد المالي على ما سنرى فيما بعد .

٤ — اعذار المدين :

فاذا لم يكن المدين — بالفرض — قد نفذ التزامه عينا باختياره ، فإنه يلزم — فضلا عن الشروط السابقة ، وحتى يمكن أن يصل الدائن الى هذا التنفيذ قهرا عنه ؛ أن ينبه عليه — رسميا — بوجوب هذا التنفيذ ، وذلك من طريق اعذاره . مسجلا عليه بهذا الاجراء خطاه اذا هو تراخى ، عن التنفيذ من بعده .

وفي هذه الحدود يمكن أن يفهم ما نصت عليه المادة ٢٠٣ مدني من وجوب اعذار المدين، كشرط للتنفيذ العيني للالتزام^(٤) . فهي لا تقصد — بداهة — أن يكون هذا الاعذار اجراء يجب أن يسبق بالضرورة كل تنفيذ عيني : فقد يسارع المدين ، وباختياره ، الى تنفيذ التزامه فور حلول أجل هذا الالتزام ، فيقع هذا التنفيذ صحيحا بالتأكيد ، ولا يمكن له بعد ذلك أن يطلب استرداد ما أداه متذعرا بأنه أوفى دون أن يعذره الدائن بوجوب هذا الوفاء . بل ان هناك من الالتزامات ما يتم تنفيذها بقوة القانون فور نشوئها ودون حاجة الى تدخل من جانب المدين ، ومن ثم فان الاعذار كاجراء سابق على هذا التنفيذ لا يكون متصورا^(٥) . كما هو الحال مثلا في الالتزام بنقل ملكية منقول

(١) انظر في تطبيق ذلك : نقض فرنسي ١٩٦٥/٦/٢٠ (ج . ب ١)
١٩٦٥ — ٢ — ٣٢٩ وتطبيق E.K.

(٢) في هذا المعنى جوجيلار ، دروس مازو بند ٩٢٣ .

(٣) قرب د. سليمان مرتس ١٩٥٧ بند / ٣٨ . ويعمم الدكتور البدراوى فيرى أن اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العيني يبدو أمرا غير مفهوما بند / ٧ .

(٤) في هذا المعنى : د. عبد الرزاق السنهوري بند / ٤١١ .
د. الصدة بند ٩ ، وفي الفقه الفرنسي ، يقصر بعض الشراح بوضوح شرط

معين بالذات . حيث تنتقل هذه الملكية — كما سنرى — بمجرد التراضي
ما دام أن هذا المنقول كان مملوكا للملتزم .

وحتى في غير هذه الحالات . اذا سارع الدائن — فور حلول
أجل الوفاء بالالتزام — ورفع الدعوى على مدينه مطالبا اياه بالتنفيذ
العيني : دون أن يكون — بالفرض — قد سبق أن أعذره بوجوب
هذا التنفيذ : فلا يعنى ذلك أن المطالبة القضائية لا تكون صحيحة .
انما كل ما يترتب على عدم اعذار المدين . أن هذا الأخير لا يعتبر
متأخرا قانونا في الوفاء بالتزامه حتى وقت رفع الدعوى . فاذا
ما أوفى بهذا الالتزام — عندئذ — انقضت المطالبة القضائية ويتحمل
الدائن (المدعى) مصاريف الدعوى التي سارع برفعها .

المبحث الثانى

كيفية التنفيذ العيني

اختلاف هذه الكيفية تبعا لموضوع التزام المدين .

١٤ — تختلف كيفية التنفيذ العيني للالتزام تبعا لاختلاف
موضوع الالتزام نفسه الواجب التنفيذ . وذلك على التفصيل التالى :
اولا : الالتزام بنقل الملكية (او الحقوق العينية الأخرى) :

١٥ — فقد يكون المدين ملتزما في مواجهة الدائن بنقل ملكية
شئ أو أى حق عيني آخر عليه . وفي هذه الحالة : فان كيفية التنفيذ
العيني لهذا الالتزام سوف تتوقف على طبيعة هذا الشئ . الذى
قد يكون منقولا وقد يكون عقارا . وفي الفرض الأول قد يكون
منقولا معينا بالذات وقد يكون منقولا معينا بالنوع .

(١) فى المنقول المعين بالذات :

١٦ — فاذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني منقولا

= الاعذار ، على فرض التنفيذ العيني القهرى للالتزام . انظر مثلا : سنارك .
المرجع السابق بند / ٢٠٣٥ ؛

MARTY et RAYNAUD : Droit civil T. 2 (V.I.) (Les
obligations) 1962 No 655 bis.

معينا بالذات . فان هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون . أو بعبارة أخرى من تلقاء نفسه ، بمجرد الاتفاق . طالما أن هذا المنقول كان مملوكا للملتزم . ولا يبقى بعد ذلك الا مطالبة المدين بتسليمه . وهذا التسليم هو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبرا عليه . وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ... » .

ويتفرع على ما تقدم أنه اذا تصرف المدين فى هذا المنقول بعد ذلك وقبل تسليمه للدائن . وسلمه بالفعل الى المتصرف اليه الثانى . فان هذا الأخير اذا كان سيقملكه حقيقة ، الا أنه لن يملكه بموجب التصرف الذى تم بينه وهذا المدين الذى أصبح بالفرض غير مالك لهذا المنقول منذ التصرف الذى تم بينه والدائن الأول : وانما سوف تستند ملكيته فى حقيقة الأمر الى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

(ب) فى المنقول المعين بالنوع :

١٧ — أما اذا كان الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولا معينا بالنوع : وبالنظر الى أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا ترد بالفرض الا على شىء معين بالذات . فان العقد هنا يقتصر على مجرد انشاء التزام بنقلها . ويتم تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الافراز . الذى يتراخى انتقال الملكية حتى اتمامه . ويمكن تنفيذ التزام المدين بالافراز جبرا عنه : عن طريق حصول الدائن على شىء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين وذلك بعد استئذان القاضى . بل ودون استئذانه فى حالة الاستعجال . اللهم الا اذا فضل الدائن المطالبة بقيمة الشىء . كل ذلك دون اخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين . وعلى ذلك يجرى صريح نص المادة ٢٠٥ مدنى : التى تقضى بأنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء » .

(ج) في العقارات :

١٨ — أما اذا ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار ، فان هذه الملكية — بموجب قانون الشهر العقاري — لا تنتقل بمجرد العقد . وانما يقتصر هذا الأخير على انشاء التزام على عاتق البائع بنقلها . هذا الالتزام يمكن تنفيذه عينيا جبرا على البائع . برفع دعوى تعرف بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع . فاذا صدر الحكم فيها لصالح المشتري وقام بتسجيل هذا الحكم ، قام ذلك مقال تسجيل العقد نفسه . وانتقلت الملكية للمشتري ، وبذلك يتم التنفيذ العيني للالتزام . هذا وقد حرصت المادة ٢٠٤ على ايضاح التفرقة بين تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المنقول والالتزام بنقل ملكية العقار ، حين اشترطت في عجزها ضرورة عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

ثانيا : الالتزام بعمل :

١٩ — وقد يكون المدين ملتزما في مواجهة الدائن بالقيام بعمل . وتختلف — في هذه الحالة — كيفية تنفيذ هذا الالتزام . تبعا للفروض التالية :

(أ) الفرض الأول ، وفيه يكون العمل الذي يجب على المدين القيام به غير مرتبط بشخصه ، بحيث يستوى عند الدائن أن يقوم به المدين شخصا أو غيره . وهذه مسألة يستقل الدائن وحده بتقديرها . عندئذ اذا امتنع المدين عن التنفيذ اختيارا ، وكان من غير الجائز جبره على التنفيذ شخصا ، الا أن التنفيذ العيني للالتزام يظل ممكنا على نفقته . وذلك بأن يحصل الدائن على اذن من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر على نفقة المدين ^(١) . بل ويعطيه المشرع الحق في عدم الاستئذان المسبق في حالة الاستعجال (م ٢٠٩) .

(ب) وفي فرض ثان ، قد يكون العمل الواجب على المدين أن يقوم به مرتبط — على العكس — بشخصه ، بحيث لا يجزىء الدائن

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الفرض، نقض ١٩٧٢/١١/٢٩ اشار اليه جوجلار ، دروس مازو ص ٩١٣ ، ه ٣ .

أن يقوم به غير هذا المدين • وعندئذ فإذا امتنع المدين عن القيام بالعمل كان من غير الممكن جبره على التنفيذ لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية • غير أن من حق الدائن في نفس الوقت • أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨) • ولذلك فإذا لم يفلح الدائن — باستعمال وسيلة الغرامة التهديدية — في حمل المدين على التنفيذ • فلن يبقى أمامه سوى أن يقنع بتنفيذ هذا الالتزام بمقابل عن طريق التعويض •

(ج) وفي فرض ثالث • قد يقوم حكم القاضي مقام الالتزام بعمل • إذا سمحت بذلك طبيعة هذا الالتزام • ومثال ذلك الحكم الصادر بثبوت التعاقد وصحة البيع في بيوع العقارات • حيث يقوم تسجيله كما ذكرنا مقام تسجيل العقد نفسه فتنتقل به الملكية رغم امتناع المدين عن التنفيذ • ومن أمثلته أيضا • ما قضت به المادة ١٠٢ مدني من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد • وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد • وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل • متوافرة • قام الحكم — متى حاز قوة الشيء المقضي به — مقام العقد » •

الالتزام بامتناع عن عمل :

٢٠ — وقد يكون المدين ملتزما بامتناع عن عمل • فإذا وقعت منه المخالفة لهذا الالتزام • فإن ازالته يمكن — مع ذلك — أن تظل ممكنة • وتعد الإزالة عندئذ تنفيذا عينيا لهذا الالتزام • ويتوصل الدائن الى التنفيذ العيني بطريق الإزالة • بأن يحصل على إذن من القضاء بذلك • ويقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين فيتم بذلك تنفيذ الالتزام عينا جبرا عنه •

غير أنه يجدر التنويه في هذا الشأن • بأن اللجوء الى القضاء بطلب الإذن المسبق بالإزالة • يظل أمرا ضروريا حتى في حالة الاستعجال (م ٢١٢) • وذلك على العكس من حالة الالتزام بعمل •

وتجد هذه التفرقة مبررها في أن اقدام الدائن على الازالة بنفسه
انما يعد من أعمال العنف التي قصد المشرع تجنبها .

كذلك يجدر التنويه بأن القاضى لا يلتزم بالحكم بالازالة اذا طلبه
الدائن ، وانما يتمتع ازاء هذا الطلب بسلطة تقديرية طبقا للمادة
٢٠٣/٢ . وبموجب هذه السلطة قد لا يرى اجابة الدائن لطلبه
وانما يكتفى بالاستجابة لطلب المدين استبدال التعويض النقدي بهذه
الازالة اذا كان فيها ارهاقا جسيما له ، ولم يكن في العدول عنها الى
التعويض النقدي ضررا جسيما يلحق بالدائن (١) .

وبالمقابلة ، فان الحكم بالازالة لا يحرم الدائن حقه في المطالبة
بالتعويض الى جانبها ، اذا كان الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين
لالتزامه بالامتناع عن العمل لا تعوضه مجرد الازالة . وعلى ذلك
صراحة نص المسادة ١١٤٣ من المجموعة المدنية الفرنسية (٢) ، الذى
يعتبر في الحقيقة محض تطبيق للقواعد العامة .

٢١ — غير أنه يتصور ، على العكس ، في بعض الأحيان ، أن
يكون التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع مستحيلا ، أو بعبارة أدق يصبح
مستحيلا فور وقوع المخالفة ، وذلك اذا ما كانت هذه المخالفة غير
قابلة للازالة بعد ذلك (كما هو الحال مثلا في التزام الطبيب بعدم
افشاء سر مريضه) . عندئذ لا يعد هناك من سبيل أمام الدائن
الا طلب التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى ، مثلا لعدم الاستجابة
لطلب الازالة ، لعدم ملاءمته : نقض فرنسى ١٠/٨/١٩٧٠ ج.ب ١
١٩٧١ — ١ ملخص ٣١ . وكان المطلوب ازالته في هذه الدعوى هو بناء
مشغول بالعديد من السكان .

اما في مجال اقامة المباني بالمخالفة للوائح التنظيم فان الملاحظ أن
القضاء الفرنسى لا يتردد في الحكم بالازالة . انظر مثلا : نقض فرنسى
١٩٦٥/٣/١ (د) ١٩٦٥ — ٥٦٠ ؛ نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٦ (د) ١٩٦٧ —
ملخص ٦١ .

(٢) وفي هذا المعنى ايضا : ستارك ، المرجع السابق بند / ٢٠٤٥ .

المبحث الثالث

أحدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني

(الغرامة التهديدية L'astreinte)

المقصود بها :

٢٢ — كثيرا ما يقتضى التنفيذ العيني للالتزام بعمل . تدخل شخصيا من جانب المدين (كما فى حالة تعهد فنان مشهور بتنفيذ ديكورات مبنى) . عندئذ اذا امتنع المدين عن التنفيذ . فليس أمام الدائن — والتنفيذ العيني القهرى غير ممكن فى هذه الحالة لما فيه من مساس بالحرية الشخصية للمدين ^(١) — سوى أن يقنع بتعويض عن الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لما التزم به فى مواجهته .

٢٣ — وفى محاولة لايجاد وسيلة غير مباشرة يمكن بها حمل المدين فى هذا النوع من الالتزامات على احترام تعهده ابتدع ^(٢) القضاء الفرنسى نظام الغرامة التهديدية . وهى مبلغ من المال يحكم به القاضى على المدين اذا امتنع عن تنفيذ التزامه بعد الأجل الذى حدد له وطيلة مابقى هذا الامتناع . وهى يقدره عادة على أساس وحدة زمنية معينة (كأسبوع أو شهر مثلا) . ليظل مبلغ الغرامة يتراكم طيلة مابقى موقف المدين معلقا . حتى اذا ما تحدد : بالتنفيذ أو استبان امتناعه النهائى . تمت تصفية مبلغ الغرامة على نحو ما سترى فيما بعد .

٢٤ — وقد تعرض هذا الخلق القضائى لاعتراضات شديدة ^(٣)

(١) أو حسب تعبير البعض « حيث يبدو اكراهه على التنفيذ مسنحلا . أدبيا على الأقل » . ستارك بند / ٢٠٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى ستارك بند / ٢٥١٦ .

(٣) وأعم ما كان يؤخذ عليه . أنه نظمام لا يستند الى أساس من القانون . وأنه يخالف مبدأ وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر لا بحسب جسامته الخطأ ، كما أنه يخالف مبدأ حجية الأمر المقضى . ما دام أن القاضى لن يلبث فى النهاية حتى يرجع عن قراره وذلك بتصفية ما تراكم من مبلغ الغرامة . بل قيل بأن الغرامة ، وهى عقوبة تحكيسة ، إنما تخالف مبدأ لا عقوبة الا بنصر .

من جانب بعض الشراح الفرنسيين ^(١) في بداية الأمر . لكن هذه الاعتراضات لم تثن محكمة النقض الفرنسية عن المضي في تبني هذا النظام الذي ابتكرته . والذي لم يعدم أن يجد من الأنصار من أمكنهم تنفيذ الانتقادات التي وجهت إليه ^(٢) .

٢٥ — وعن القضاء الفرنسي . نقل القضاء المصري هذا النظام في ظل المجموعة المدنية الملغاة . وطبقه اذ ذاك دون سند من القانون ^(٣) حيث لم تكن هذه المجموعة تنص عليه . أما في ظل المجموعة المدنية الحالية : فقد أصبح هذا النظام مقننا . حيث قصت المادة ٢١٣ مدني بأنه « اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه . جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك » .

على أن تعبير الغرامة التهديدية الذي أطلقه المشرع على هذا النظام ، بالمخالفة لما كان قد استقر في ظل التقنين الملغى من اطلاق

= لمزيد من التفاصيل في هذه الانتقادات راجع :
BORE (J) La liquidation de l'astreinte comminatoire
D 1966 — chr — spec. pp. 164 — 167.

وراجع في عرض منصل لهذه الاعتراضات : أورده : ديبوا وجوديميه .
الصفحات من ٣٥٣ — ٣٥٦ ؛

FREJAVILLE (M) : L'astreinte. D 1949 — chr — p. 1

وانظر أيضا :

ESMEIN(A) : L'origine et la logique de la Jurisprudence
en matière d'astreints. R.T 1903 P. 5.

(١) من دا : نتجده : جوسران : المرجع السابق بند / ٥٦٧ ؛ بوريه
المقال السابق . على الأخص ص ١٦٤ عمود ٢ : والصفحات من
١٦٥ — ١٦٧ ؛ لوران . ديملومب : أشار اليهما مارتى ورينو ، المرجع
السابق ص ٦٩١ هامش ٤ . كما يبدو يشكك في شرعية هذا النظام كل من :
كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ١١٦ .

(٢) راجع في تفاصيل هذه التقنيات : ستارك بند ٢٥٢١ ؛ ديبوا
وجوديميه ص ٣٥٣ — ٣٥٦ .

(٣) أشار الى ذلك : د. اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام
ج ٢ ، ١٩٦٧ ، بند ١٣ .

تعبير « التهديد المالى » عليه ، هو فى اعتقادنا محل نظر (١) .
فانغرامة لها مدلولها المحدد فى قانون العقوبات ، وجوهها أنها مبلغ
نقدى تقدره المحكمة بشكل اجمالى وبصفة نهائية لا سبيل الى مراجعته .
وهى فى كل ذلك بعيدة كل البعد عن فكرة التهديد . حين أن هذا الأخير
هو — على العكس — الهدف الوحيد لهذا النظام . الأمر الذى يجعل
من التعبير الذى اختاره المشرع منطويا فى اعتقادنا على تناقض فى
تركيبه : اذ ليس من سبيل فى الحقيقة الى التوفيق بين لفظة غرامة
ولفظة تهديد . وأولى منه العودة الى تعبير « لتهديد المالى » .

شروطها :

٢٦ — فى ضوء نص المادة ٢١٣ مدنى سابقة الاشارة . يمكن
تلخيص شروط التهديد المالى ، على النحو التالى :

١ — ان يكون هناك التزام واجب التنفيذ على المدين :

فيجب من ناحية . أن يصدق على ما يراد حمل المدين على
تنفيذه من طريق هذا النظام . وصف الالتزام بالمعنى الدقيق (٢) .
ومن ثمة فإنه لا يجوز مثلا سلوك هذا السبيل لحمل المدين على
الحضور أمام المحكمة : لأن حضور الخصم ليس التزاما عليه (٣) .

(١) من منتقدى هذا التعبير أيضا : د. اسماعيل غانم ، المرجع
السابق ، بند ١٢ ؛ د. محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ هامش ٦ .
(٢) ولذلك — مثلا — رفضت محكمة النقض الفرنسية ان يحكم على
زوج يهودى طلق زوجته ، بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم
كتب الطلاق لها ؛ لأن هذا التسليم « يشكل فى الحقيقة — بالنسبة له —
رخصة تتصل بحرية اعتقاده الدينى ، لا يجعل اساءة استعمالها محلا
الا للتعويض » . نقض فرنسى ١٩٨٢/٤/٢١ ، د ١٩٨٢ — ر — ٣٢٥ .
(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، د. عبد الفتاح عبدالباقى
بند ٣٣ .

(٤) كما لا يجوز اللجوء الى الغرامة لحمل شخص على ذكر أسماء
من اشتركوا معه فى جريمة . لأن القانون لا يلزمه بذلك : فى هذا المعنى :
مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويشير فى نفس الاتجاه (ص ٦٩٤ هـ ١) الى استئناف
باريس ١٩٢٧/١١/١٠ .

كما يتعين من ناحية أخرى ، أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام لا يزال أمرا ممكنا ^(١) ؛ لأنه إذا كان على العكس فقد استحال . برئت بالفرض ذمة المدين ما دام أن هذه الاستحالة كانت ترجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه ، ولم يعد من حق الدائن اللجوء الى هذه الغرامة ^(٢) . بل انه حتى ولو كانت هذه الاستحالة بفعل المدين ، فان اللجوء اليها سيظل غير متصور أيضا ، ما دامت بالفرض قد فقدت مبررها حيث « لا يمكن القهر على مستحيل » ^(٣) ، ولا يبقى أمام الدائن سوى طلب التعويض ^(٤) .

٢ — عدم امکان او عدم ملائمة التنفيذ الا من جانب المدين :

وهذا الشرط الذي حرصت على إبرازه المادة ٢١٣ مدني .
هو في الحقيقة مبرر هذا النظام من أساسه .

وقد سبق أن ذكرنا أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود بقبل التنفيذ العيني المباشر دائما ^(٥) . وكذلك الالتزام بنقل الملكية أو الحق

(١) ويستخلص من ذلك بعض الشراح الفرنسيين ، الصفة التبرعية للغرامة في العلاقة بالالتزام الأصلي الواجب التنفيذ : أنظر ، ستارك ، بند ٢٥٢٤ .

(٢) أنظر على سبيل المثال : نقض (تجاري) فرنسي ١٩٢٩/٥/٢٥ (ج . ب ١٩٢٩ — ٢ — ١٧٥) .

(٣) « a l'impossible nul ne saurait être astreinte » . ستارك بند ٢٥٢٨ .

(٤) أنظر ، على سبيل المثال : استئناف ليسون ١٩٥٢/٦/١ (١٩ — س — ٤١) .

(٥) وقد رفض تطبيق الغرامة في هذا المجال نقض فرنسي ١٩١٨/١٠/٢٨ (س ١٩١٩ — ١ — ٨٢ وتعليق هيجيني) . وأنظر عكس ذلك نقض « تجاري » فرنسي ١٩٥٦/٤/١٧ (ج . ك . ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٣٣٠ وتعليق فيليو) .

وفي الفقه الفرنسي : يرى البعض ضمنا عدم تطبيق الغرامة في هذا المجال : أنظر ستارك بند ٢٥٤١ (وأن كان يرى أن الهدف المقصود للغرامة هنا هو تغاضي لجوء الدائن الى إجراءات الحجز على أموال المدين) . بينما يؤيد البعض الآخر تطبيقها فيه : أنظر مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويتقرب جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ .

العيني . بل وبعض صور الالتزام بعمل اذا كانت شخصية المدين غير ذات اعتبار بالنسبة للدائن . أو في الحالات التي يمكن أن يقوم حكم القاضي فيها مقام تنفيذ المدين . ولذلك يكاد يقتصر نظام الغرامة على حالة الالتزام بعمل ^(١) لا يمكن تنفيذه أو لا يلائم إلا من جانب المدين شخصيا ^(٢) . وفي حالة الالتزام بامتناع عن عمل ^(٣) اذا كان المطلوب هو امتناع مستمر ^(٤) ^(٥) .

* * *

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٤٧/٨/٤ ج.ب ١٩٤٧ — ٢ — ملخص — ٣٠ : محكمة السين التجارية ١٩٥٤/١/١٨ د. ١٩٥٤ — ٢٨٤ : استئناف اكس ١٩٢٨/٤/١٩ د. ١٩٣٠ — ٢ — ١٧ ونعليق بيك : نقض ١٩٧٠/٦/٥ ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ١٩٦٦ .
(٢) على أن يلاحظ أن هنالك مجالا من المسلم بأن الغرامة التبريدية لا يجوز اللجوء اليها فيه . وهو مجال الحق الادبي للمؤلف . فلا يجوز استعمال هذه الغرامة في مواجهة هذا الأخير اذا كان في استعمالها اساسا بهذا الحق . ولا يكون امام دائن المؤلف . اذا امتنع هذا الأخير مثلا عن تسليم مصنف تعهد بتسليمه للدائن — سوى أن يقنع بتهويض نقدي بدلا من التنفيذ العيني . في هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٤٠ : د. اسماعيل غانم بند ١٧ : وفي القضاء الفرنسي نقض ١٩٠٠/٣/١٤ د. ١٩٠٠ — ١ — ٤٩٧ وتقرير رو وتعليق بلانيول .
(٣) ومن التطبيقات القضائية لهذا الفرض انظر محكمة باريس ١٩٦٨/٢/٧ ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٦٠٠ ونعليق بيرون .
(٤) ومن ذلك تطبيق القضاء الفرنسي الغرامة لوقف مضايقات الجوار غير المألوفة . انظر مثلا : استئناف أجو ١٩٧١/٢/٢ ج.ب ١٩٧١ — ١ — ٣٢٨ .

(٥) وكان القضاء الفرنسي في البداية قد توسع في اللجوء الى هذا النظام لاستعماله في مجال الحقوق غير المالية . وعلى الأخص حقوق الأسرة . بل ان بعض الأحكام لجأت الى الغرامة في سبيل الحد من احترام الالتزام بالمساكنة (أو المعيشة المشتركة) بين الزوجين .
أشار الى هذا التوسع . والى أحكام قضائية عديدة في هذا المجال : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ؛ جوجالار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ ستارك بند ٢٥٣٩ وهو يعلق — بحق — على استعمال الغرامة لتحقيق الهدف الأخير بأنه يؤدي في النهاية الى مسرحية هزلبة أكثر مما يؤدي الى التزام حقيقي .

وانظر في التطبيقات الموسعة لهذا النظام :

ESMEIN (P) : Les astreintes, leurs nouvelles applications

٢٧ — فإذا كان ما تقدم . فانه لا أهمية بعد ذلك لما اذا كان المدين شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا . ولم يتردد القضاء المدني الفرنسي في الحكم بالغرامة التهديدية ضد الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة (١) . ويحظى هذا الاتجاه بتأييد فقه القانون الخاص بدوره (٢) . ما دام أن الإدارة . على حد تعبير جوجلار « قد تقدم المثل على القدوة السيئة بأن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها حتى بعد أن تتأكد هذه الالتزامات بحكم القضاء » (٣) . فقط أثر التساؤل — بالمقابلة عما اذا كان بالامكان أن يقضى بالغرامة لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة في مواجهة المدينين من الأفراد . وفي هذا الخصوص يقبل القضاء المدني الفرنسي ذلك (٤) . فيما يتجه القضاء الإداري وجهة عكسية . على أساس من أن الدولة تملك من وسائل القهر الفعالة والكافية في مواجهة الأفراد ما يغنيها عن اللجوء

(١) انظر مثلا : محكمة رن المدنية ١٩٤٨/١/٢٨ ج.ب ١٩٤٨ — ١ — ملخص — ٢٦ ؛ محكمة مونبيليه المدنية ١٩٤٨/٩/١ (ج.ك.ب ١٩٤٨ — ٢ — ٥٢٩) وتعليق (M.F.) ؛ محكمة التنازع ١٩٤٨/٦/١٧ (ج.ك.ب ١٩٤٨ — ٢ — ٤٣٧) وتعليق جورج ؛ استئناف اكس ١٩٤٩/١٢/٢٧ (د. ١٩٥٠ — ٨٠) ؛ استئناف أورليان ١٩٥٠/٣/٢ (د. ١٩٥٠ — ٤٤٠) ؛ نقض تجاري ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الإشارة اليه ؛ استئناف جرينويل ١٩٦١/٥/١٠ (ج.ب ١٩٦١ — ٢ — ملخص — ١٩) .

أما القضاء الإداري الفرنسي فلا ينجح هذه الوجبة . اسنادا . في تقدير البعض — الى مبدأ الفصل بين السلطات انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ص ٦٩٥ . ومن تطبيقات القضاء الإداري في هذا الاتجاه العكسي : حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٢/١١/١٥ (س ١٩٢٤ — ٣ — ٢٣) وتعليق هوريو ؛ وفي ١٩٢٤/٢/٢٧ (د. ١٩٢٤ — ٢٦٨) ؛ وفي ١٩٣٣/١/٢٧ (د. ١٩٣٤ — ٣ — ٦٨) .

(٢) انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ص ٦٩٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ فريجا فيل . المقال سابق الإشارة (١٩٤٩) ص ٣ عمود ١ وعكس ذلك : من فقه القانون العام : غالين أشار اليه فريجافيل .

(٣) جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ص ٩٢١ .

(٤) انظر مثلا : محكمة نانت المدنية ١٩٥٢/٢/١٩ (ج.ب ١٩٥٢ — ١ — ٢٩٩) .

لهذا النظام (١) .

٣ - هل يشترط للحكم بالغرامة أن يطلبها الدائن من القاضى ؟

٢٨ - الفقه منقسم بشأن هذا الشرط . ويستند مشرطوا طلبها (٢) . الى ذلك المبدأ الثابت فى قانون المرافعات وهو أن المحكمة لا يجوز أن تقضى بأزيد مما طلبه الخصم . والى أن مفاد نص المادة ١/٢١٣ مدنى التى قضت « بجواز » أن يحصل الدائن على حكم بالزام المدين بالتنفيذ العينى وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك . أن لجوء الدائن الى هذه الغرامة هو رخصة له هو وليس للمحكمة . التى لا يمكنها من ثم أن تلجأ اليها من تلقاء نفسها (٣) . بينما لا يرى الفريق الآخر أية تعارض بين مبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة وحكم القاضى بالغرامة من تلقاء نفسه ، على أساس من أن هذا الحكم ليس حكماً مستقلاً عن الحكم بالتنفيذ العينى . وانما هو مجرد وسيلة يكفل بها القاضى نفاذ هذا الحكم الأخير : ومن حق القاضى أن ينبأ من تلقاء نفسه الى ما يراه مناسباً من الوسائل التى أجازها له المشرع لكفالة نفاذ أحكامه (٤) . وفى هذا المعنى الأخير يقول غرانك : ان القاضى

(١) انظر مثلاً حكم مجلس الدلة الفرنسى فى ١٩٣٣/١/٢٧ د . ١٩٣٤ - ١ - ٦٨ . وقارن مع ذلك حكم مجلس الدولة فى ١٩٥٦/٧/١٣ (ج . ب ١٩٥٦ - ٢ - ١٤٨) : ر . ت ١٩٥٦ ص ٧٣٠ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

(٢) من أنصار هذا الاتجاه : د . السنهورى بند ٥١ ؛ د . سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٠٨ ؛ د . عبد الفتاح عبد الباقى بند ٣٣ ؛ د . جهيل الشرقاوى بند ١٢ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٢٨٠ ؛ د . سمير تناغو ، نظرية الالتزام بند ٢٩٧ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١١٦ .

(٣) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ بند ٦٩ . (٤) من أنصار هذا الاتجاه : د . اسماعيل غانم بند ١٨ ؛ د . عبدالودود يحيى ، دروس فى النظرية العامة للالتزامات ج ٢ . ١٩٨٠ بند ١٧ ؛ ويقترب : د . أنور سلطان بند ٥٩ . د . مصطفى الجمال . الوجيز فى التثانوى المدنى (أحكام الالتزام) بند ٢٦٨ .

وفى الفقه الفرنسى : ستارك بند ٢٥٤٥ ؛ مارتى ورينو بند ٦٧١ . جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ . بند ٩٤٤ ، فريجانيل مقال داللويز ١٩٤٦ سابق الإشارة ص ٢ عمود ٢ . KAYSER : L'astreint judiciaire et la responsabilité civile. R.T 1953 P. 226 No 13.

يجب عليه ألا يكتفى بأن « ينطق بالقانون » وإنما عليه أيضا أن يهتم بكفالة تنفيذ ما ينطق به • والغرامة هي وسيلة الى ذلك (١) •

٢٩ — وفي اعتقادنا أن الاتجاه الأخير إذا كان هو الذى يستجيب والوظيفة الأساسية للغرامة : وأنه إذا كان من المفهوم أن يتبناه غالبية الفقه الفرنسى حيث لا نص هناك يقابل المادة ٢١٣ / ١ مدنى مصرى : إلا أن الاتجاه الأول هو الذى يتمشى فى الحقيقة وصياغة النص المصرى الذى يجمل من اللجوء الى الغرامة مجرد أمر جوازى للدائن • صحيح أن الفقرة الثانية من نفس النص تجيز للقاضى أن « يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » ، لكن السبيل الى امكانية هذه الزيادة لا بد أن يطرقه الدائن أولا بطلب الحكم بمبدأ الغرامة أساسا • هذا الى أن هناك شبهة فعلا أن يكون الحكم بها من تلقاء المحكمة نفسها • مخالفا لمبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة • ما دام أن القاضى حين يصفى ما تراكم من مبالغها فى النهاية : احترام المدين حكمه فنفسه أم لم يحترم : سوف يتعين عليه : كما سنرى : أن يخيف فوق ما يقابل ما أصاب الدائن من ضرر بالفعل من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه • ما يقابل ما بدا من المدين من عنت عقابا له • ولما كان الدائن • بالفرض • لا يستطيع أن يتكهن بمسلك المدين • فإن الحيلة النواتية ببلغ الغرامة — التقر. تطوع القاضى بالحكم بها من تلقاء نفسه — ستكون أكثر مما توقع الدائن أن يحصل عليه من القضاء • بل وأكثر مما طلبه منه • وهكذا إذا أريد أن يكون للقاضى هذه الرخصة • فيتعين — فى تقديرنا — تعديل النص سابق الإشارة ليكون صريحا فى هذا المعنى •

= وقرب دييوا وجوديميه ص ٣٥٠ : ومن الأحكام التضائية : نقض فرنسى ١٩٨٢/١٠/١٢ د ١٩٨٣ — أ.ر — ١٠١ ٦٦ وقد رتبته المحكمة على أن الغرامة تهدف الى ضمان تنفيذ حكم القاضى ، أنها لا يمكن أن ترتب اثرها قبل اعلان هذا الحكم ؛ نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ د ١٩٦٨ — ٥٢٦ وسابق (فرانك) ؛ وقرب باريس ١٩٨٤/١/٣١ د ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعلق ليندون : حيث تقول ان وظيفة الغرامة هي كفالة تنفيذ الحكم •

(١) فرانك : تعليق على نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ المشار اليه فى الهامش السابق •

٣٠ — وأيا ما كان الأمر في هذا الخلاف : فان من المسلم به أن للقاضي ازاء طلب الحكم بالغرامة . سلطة تقديرية • وهو في الحقيقة لن يستجيب لهذا الطلب الا اذا قدر — من ظروف الدعوى — أن هناك أملا يرتجى . من طريق الضغط على المدين بهذه الوسيلة : أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا (١) .

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

٣١ — يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالميزات التالية :

١ — التقدير الزمنى :

لا يحكم القاضي عادة بالغرامة كمبلغ محدد ثابت يهدد المدين بدفعه اذا لم ينفذ الالتزام . وانما يقدرها عن كل وحدة زمنية (كيوم أو أسبوع أو شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه • وهذا هو أساس التهديد في هذا النظام (٢) • فالحكم بمبلغ ثابت • ولو كان كبيرا ، قد يضعف — مع الزمن — تأثيره في تهديد المدين : فيما يظل — على العكس — تزايد المبلغ الصغير تدريجيا مع الزمن عاملا هاما في الضغط والتهديد •

٢ — التقدير التحكى :

ان الوظيفة التهديدية لنظام الغرامة تنقضى أن يزيد تقديرها عن مقدار الضرر الذى يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ • هذه الزيادة يستقل القاضي بتقديرها مراعىا في ذلك قدرة المدين على المقاومة (٣) •

(١) في هذا المعنى • نقض فرنسى (تجارى) ١٧/٤/١٩٥٦ سابق الإشارة •

(٢) ولا يرى بعض الشراح في التقدير الزمنى من جوهر نظام الغرامة التهديدية التى لا تتصور بدونه : وانما يمكن أن يحكم القاضي بها كمبلغ كلى (أو اجمالى) • وان كان ذلك قليلا ما يحدث • انظر : ستارك بند ٢٥٢٥ : ومن بين الأحكام القليلة التى ملبت أسلوب الغرامة الاجمالية انظر حكم نقض فرنسى ١٩٣٣/٧/٥ (س ١٩٣٤ — ١ — ٣٣٧) •

(٣) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٤ : ستارك بند ٢٥١٧ •

(م ٣ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

الأمر الذى يجعل من هذا التقدير أمرا تحكميا • ويزيد من إبراز هذه الخاصية ما أعطته المادة ٢١٣/٢ للقاضى من أن يزيد فى الغرامة اذا رأى أن تقديرها ليس كافيا لكراد المدين الممتنع على التنفيذ • وفى كل ذلك تختلف الغرامة اختلافا جوهريا عن التعويض الذى لا يجوز أن يقضى به الا عن الضرر المحقق وبقدر هذا الضرر لا يزيد عليه (١) •

غير أن نجاح هذا النظام يقتضى — فى الواقع — عدم المغالاة فى التقدير والا أصبح البين شاسعا بين المبلغ المتراكم والضرر الذى أصاب الدائن • وعندئذ فان تصفية الغرامة — حتى مع الأخذ فى الاعتبار لما بدا من المدين من عنت — سوف ينحصر عن تخفيض كبير فى قدره • الأمر الذى يفقد هذا النظام هيئته وقدرته فى التأثير على المدينين المماطلين (٢) •

٣ — الصفة الوقتية :

ان التقدير الذى يحدده القاضى للغرامة لا يكون نهائيا • وانما هو مجرد تقدير وقتى • مصيره الى اعادة النظر فيه • وعلى ذلك نص المادة ٢١٤ مدنى •

ولعل هذه الخاصية بالذات هى أبرز خصائص الغرامة التهديدية • والتي تجعل الحكم بها غير حائز لحجية الأمر المقضى • ولا قابل للتنفيذ (٣) • ويظل للحكم هذه الصفة الوقتية ما بقى موقف المدين

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٢٦ : جوجلار ا دروس مازو ا بند ١٤٢ د. سمر تناؤو بند ٢٩٧ ؛ وانظر ايضا :
KAYSER (p) : L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile. R.T. 1953 pp. 209 — 246

(٢) فى هذا المدنى د. اسماعيل غانم بند ٢٠ •

(٣) فى هذا المعنى : استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢٨ د. ١٩١٢ — ٢ — ٣٦ ؛ استئناف اكس ١٩٢٧/٢/١٥ د. ١٩٢٧ — ٢١١ ؛ وانظر — مع ذلك — فى جواز التنفيذ المؤقت للغرامة فى حالة الاستمجال : محكمة السنين المدنية ١٩٤٧/٤/٢ ج. ب ١٩٤٧ — ١ — ٢٢١ ؛ وفى ١٩٤٨/١١/٣٠ ج. ب ١٩٤٩ — ١ — ٥٢ ؛ وفى ١٩٥٠/٣/١٤ ج. ب ١٩٥٠ — ١ — ٢٨٢ • ويؤيد هذا الاتجاه الأخير ضمنا : جوجلار ا دروس مازو (بند ٩٥٠ •

معلقا (١) .

أما في فرنسا فقد أصاب نظام الغرامة التهديدية — الذى لاقى من الهجوم أشده في بداية نشأته — تطور كبير في الوقت الحاضر (٢) : حتى أن بعض المحاكم (٣) — يؤيدها في ذلك جانب من الشراح (٤) — لم تجسد مانعا من الحكم على المدين بغرامة نهائية *astreinte définitive* . أى بمبلغ إجمالي يحدد بصفة نهائية لا يقبل المراجعة . ويستحق على المدين مستقلا عن الحكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزامه أو لتأخره في هذا التنفيذ . ومثل هذا التطور . الذى لا يزال استثنائيا في حقيقة الأمر ويلقى معارضة بعض الشراح (٥) . يشود في الواقع دليعة هذا النظام ويحيد به عن صفة التهديد فيه . ليغدو

(١) وقد انجبت بعض الأحكام في فرنسا الى التسليم للدائن بالحقوق في ان يطلب تصفية جزئية ومؤقتة للغرامة عن المدة السابقة على الطلب . حتى يمكن ان ينفذ بها على اموال المدين : انظر : محكمة تولوز المدنية ١٩٤٩/١٠/٢٥ (ر.ت ١٩٥٠ ص ٨٨ وملاحظة ايرو .) محكمة السين المدنية ١٩٥٠/١/١٩ (ر.ت ١٩٥٠ ص ٤٠٣ وملاحظة رينز .) محكمة شربور المدنية ١٩٥٠/١٢/٤ (س. ١٩٥٣ — ٢ — ٩ وتعليق هوريس .) (ر.ت ١٩٥١ ص ٢٥٦ وملاحظة هنري وليين مازو .) محكمة باريس ١٩٨٤/١/٣١ (د. ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعليق ليندون .) ويؤيد بعض الشراح هذا الاتجاه : لأن في تأخير التنفيذ الفعلى للغرامة حتى تصفيتها النهائية ما بضعف من تأثيرها على المدين . انظر مارتى ورينو بنس ٦٧٨ .

(٢) راجع في هذا التطور :

RASSAT (M.L) : L'astreinte définitive j'c'p. 1967 — 1 —

Doct — 2069.

(٣) انظر . عابى الأخص . استئناف باريس ١٩٦١/٢/١٦ (ج.ك.ب ١٩٦١ — ٢ — ١٢١٤٦ وتعليق بير مازو ١٠١ ر.ت ١٩٦١ ص ٥٠٢ وملاحظة تانك) ؛ واستئناف ريوم ١٩٦٦/٧/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٦ — ٤ — ٤٩٧٤) ؛ وانظر أيضا : نقض فرنسي ١٩٥٧/١/٣١ (س. ١٩٥٧ — ١٩٢) ؛ نقض ١٩٥٩/١١/٤ (د. ١٩٥٩ — ٥٣٣) ؛ نقض ١٩٦٤/٦/٣٠ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٦٢ وتعليق بلايفويه .)

(٤) انظر : مارتى ورينو بنس ٦٦٨ ؛ جورج لار (دروس مازو)

بنس ٩٤٥ .

(٥) انظر على الأخص :

MEURISSE : L'astreinte non comminatoire. G.P. 1948 —

2 — Doct — 11.

معه أقرب الى العقوبة الخاصة *La peine privée* الحقيقية . وهو بهذه الصفة الأخيرة لا يمكن الأخذ به في مصر حيث لا نص يعطى للقاضي هذه السلطة . بل انه يتعارض وما يفهم من المادة ٢١٤ مدنى من وجوب اعادة النظر في الغرامة بعد أن يتحدد موقف المدين نهائيا .

مآل الغرامة التهديدية (١) :

٣٢ — متى تحدد موقف المدين نهائيا ، بأن قام بتنفيذ التزامه أو أصر نهائيا على عدم التنفيذ . استنفدت الغرامة الغرض منها . وأصبح من المتعين تصفيتها وتقدير المبلغ الواجب للدائن تقديرا نهائيا . هذا المبلغ يشمل أساسا ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بحسبانهما عنصرى التعويض فى الأصل العام .

ولو أن هذا وحده كان هو المآل النهائى للغرامة ، لفقدت كل تأثيرها تقريبا (٢) . طالما أن المدين يعرف منذ البداية أنه مهما كان مبلغ الغرامة المحكوم عليه به ، فإن ما سيدفعه فى النهاية هو ما يعادل تماما ما أصاب الدائن من ضرر (٣) . وقد اتجهت بالفعل محكمة النقض الفرنسية — التى كان لها فضل خلق هذا النظام — هذه الوجهة لبعض الوقت (٤) . لكنها ما لبثت أن عدلت عن هذا الاتجاه .

(١) راجع فى تفاصيل تصفية الغرامة ، مقال بوريه (١٩٦٦) سابق الإشارة .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٥١ ؛ فريجافيل مقال دالاسز سابق الإشارة ص ١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٥ ؛ مارتى ورينيه بند ٦٧٩ (وان كانا يقولان ، أن أخذ خطأ المدين فى الاعتبار عند تصفية الغرامة ، أن كان يزيد من فاعليتها حقيقة ، إلا أنه يشكك فى شرعيتها) . وراجع ، على العكس ، فى وجوب تصفية الغرامة بقدر الضرر تماما : جوسران بند ٥٩٧ ؛ بوريه المقال السابق ، وعلى الأخص ص ١٦١ عمود ٢ . ص ١٦٢ عمود ١ .

(٤) متأثرة بقانون صدر فى ٢١ يوليه ١٩٤٩ كان يوجب تصفية الغرامة على هذا النحو فى مجال محدد (وهو مجال الأحكام بطرد المستأجرين فى خصوص ايجار الأماكن) . أنظر : نقض فرنسى ١٩٥٠/١١/٣٠ (ج.ك.ب ١٩٥١ — ٢ — ٦٠٨٩ وتعليق فريجافيل) : نقض ١٩٥٣/٢/٢٧ (س . ١٩٥٣ — ١ — ١٩٦) .

وتركت لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية في تصفية الغرامة غير متقيدين بتقدير الضرر الذى أصاب الدائن (١) .

أما المشرع المصرى فكان منطقيا منذ البداية . حين حرص في المادة ٢١٤ مدنى على ضرورة أن يراعى القاضى ، عند تصفيته للغرامة وتحديد المبلغ الذى يستحق نهائيا للدائن الضرر الذى أصاب هذا الأخير وكذلك « العنت الذى بدا من المدين » (٢) (٣) . لتلعب الغرامة بهذا الشكل دورا جزائيا الى جانب ما تكفله من تعويض للضرر (٤) .

(١) انظر نقض ١٩٥٩/١٠/٢٠ (د . ١٩٥٩—٥٢٧ وتعليق هوليو ا ؛ نقض ١٩٦٠/١/٢٠ (ج.ك.ب ١٩٦٠ — ١١٤٨٣ .)
(٢) ويبقى فارق بين النص المصرى . وما انتهت اليه محكمة النقض من العدول سابق الاشارة ، في أنها تترك لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية في كيفية تصفية الغرامة ، حين أن النص المصرى يجعل تصفيته على النحو المشار اليه أمرا الزاميا بالنسبة للقاضى .
(٣) وفي حكم حديث لينا : استلزمت محكمة باريس الابتدائية (الاستثنائية) أن يؤخذ في الاعتبار عند تصفية الغرامة « جسامه خطب المدين . وفي تقدير هذه الجسامه يجب أن يوضع في الحسبان سوء نية المدين وما أبداه من تعنت » . في ١٩٨٤/١/٣١ (د . ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعليق ليندون) .
(٤) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٧١ ؛ د . جميل الشرقاوى بند ١٩ .

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

المقصود به ، ونوعا التعويض ، وشروط استحداثه :

٣٣ - التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض ، هو البديل عن التنفيذ العيني للالتزام في الحالات التي لا يمكن فيها الحكم بهذا النوع الأخير من التنفيذ لأي من الأسباب السابق دراستها والتي يمكن اجماليا فيما يلي :

- ١ - اذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بخلاف المدين .
- ٢ - اذا كان في التنفيذ العيني ارحاقا للمدين ولم يكن في العدول عنه الى التنفيذ بمقابل خيرا جسيما يلحق بالدائن .
- ٣ - اذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم الا اذا تم من جانب المدين شخصا ، واستنفذ الدائن طريق الغرامة التهديدية لأكرامه على التنفيذ دون جدوى .
- ٤ - اذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - على امكانه - ولم يعرضه عليه المدين .

٣٤ - ونكرر بأن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل وما التنفيذ بمقابل - كما يدل على ذلك تسميته - الا بديلا عنه . ويكون عادة مبالغا من النقود يقنع به الدائن عوضا عن التنفيذ العيني .

٣٥ - والتعويض نوعان : تعويض عن عدم التنفيذ ، ودر يجل محل التنفيذ العيني ومن ثم لا يحتتمع معه (١) . وتعويض عن التأخر

(١) في هذا المعنى نقض مصرى ١٩٦٧/١٢/١٤ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٨٥ ص ١٨٧٨ .

في التنفيذ يجتمع مع التنفيذ العيني . ويقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ . إذ قد يلحق هذا التأخير بالدائن ضررا نهائيا لا يرفع عنه التنفيذ العيني الذي يعقبه . بل ويجتمع التعويض عن التأخير مع التعويض عن عدم التنفيذ أيضا^(١) .

٣٦ — وشروط استحقاق التعويض هي في الواقع شروط قيام المسؤولية المدنية . وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية . وليس منها محل دراسة هذه العناصر . غير أن هناك شرطا اضافيا وهو ضرورة وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه وذلك باعتذاره .

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين . نعرض في أولهما لشرط الاعتذار . لنخصص الثاني لكيفية تقدير التعويض .

المبحث الأول

الاعتذار

La mise en demeure

معناه :

٣٧ — الاعتذار هو تسجيل التأخير على المدين . أو بعبارة أخرى هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه وذلك بتسجيل التأخير عليه . لأن حلول أجل الالتزام في ذاته وعدم مسارعة المدين الى تنفيذه لا يعد كافيا لاعتباره مقصرا من الوجهة القانونية وذلك لمظنة التسامح معه من جانب الدائن . فالتأخير الذي يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلي ، وإنما التأخير القانوني . وهو الحالة القانونية التي يوجد فيها المدين غير منفذ لالتزامه من لحظة اعتذاره .

(١) في هذا المدعى نقض ١٦/٤/١٩٧٩ المجموعة ٣٠ — ٢٠٧ — ١١٨ وقد جاء فيه أن طلب التعويض عن اخلال التعاقد بالتزامه لا يمنع من طلب الفوائد القانونية عن هذا التعويض للتأخر في الوفاء به ، وذلك لاختلاف اساس كل منهما .

كيف يتم الاعذار :

٣٨ — ويتم اعذار المدين وفقا للمادة ٢١٩ مدنى اما بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار • والانذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن لمدينه ، ويدعوه فيها الى تنفيذ التزامه • الأمر الذى تنتفى معه بعد ذلك مظنة التسامح فى التأخير •

أما ما يقوم مقام الانذار فيقصد به الأوراق الرسمية التى تنطوى على معنى الاعذار • كصحيفة الدعوى ولو رغعت الى محكمة غير مختصة ، والتنبيه بالوفاء السابق على اجراء الحجز •

وفيما عدا الانذار وما يقوم مقامه من أوراق رسمية لا تكفى الأوراق الأخرى غير الرسمية حتى ولو كانت خطابا مسجلا مصحوبا بعلم الوصول •

٣٩ — غير أنه لما كان من الجائز أن يصير الاتفاق بين الدائن والمدين على اعفاء الأول من واجب الاعذار كلية ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على تخفيف وسيلة الاعذار • كأن يكتفى مثلا بورقة عرفية كخطاب مسجل • كما يلاحظ من ناحية أخرى أن اشتراط القانون الورقة الرسمية فى الاعذار انما ينصرف الى المسائل المدنية • أما المسائل التجارية فتكفى فيها الورقة غير الرسمية بل ومجرد الاخطار الشفوى اذا جرى العرف على ذلك •

الحالات التى لا ضرورة فيها للاعذار :

غير أن المبرر من الاعذار يقتضى القول بعدم ضرورة هذا الاجراء فى الحالات الآتية :

١ — الاستغناء عن الاعذار اتفاقا :

• ٤ — فلما كان الاعذار نظاما مقررا لمصلحة المدين ، أو بعبارة أخرى لا يتعلق استلزامه بالنظام العام ، جاز للدائن أن يتفق مع مدينه

على اعفائه منه . ليصبح المدين معذرا : في هذه الحالة . بقوة القانون غور حلول أجل الالتزام . وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢١٩ مدنى بأن الاعذار « يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر » . ومثل هذا الاتفاق يمكن أيضا أن يكون ضمنيا يستخلصه القاضى من ظروف التعاقد (١) . على أنه يجب أن تكون دلالة الظروف واضحة في معنى اتجاه ارادة المتعاقدين الى الاعفاء من هذا الاجراء ، أو بعبارة أخرى واضحة في معنى تنازل المدين عن حقه فيه (٢) . ومن ثم فان هذا الاعفاء الضمنى لا يجوز أن يستخلص مثلا من مجرد تضمين العقد شرطا جزائيا (٣) ، أو شرطا بوجوب الوفاء بالدين في موطن الدائن (٤) . لكننا نعتقد - وخلافا لما يراه البعض (٥) - أن الاتفاق ، في العقد ، على أنه اذا لم يسدد المدين أحد الأقساط تحل باقى الأقساط المؤجلة ، يمكن أن يستخلص منه معنى الاتفاق الضمنى على الاعفاء من الاعذار في خصوص الأقساط التى تحل على أثر عدم السداد ، والا فان هذا الحلول المشروط لن يكون له من معنى ، والقاعدة في التفسير أن اعمال الكلام خير من اهماله . هذا الى أن جوهر الاعذار هو التنبيه على المدين برغبة الدائن في الوفاء وبعدم تسامحه معه في التأخير ، ولن

(١) ومثاله ، من تطبيقات القضاء الفرنسى : الشرط الذى يرد في عقود التوريد بوجوب تمام التسليم مورا (livrable de suite) انظر : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٢/٧ (١٩٣٢ ١.د - ٢١٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢١ (١٩٣٣ ١.د - ٤١٢) . وانظر في تأكيد معنى امكان أن يستخلص الاعفاء من الاعذار ضمنا : كولان وكابيتسان ودى لاموراندير بند ٩٩ ؛ وعكس ذلك وان الاعفاء لابد ان يكون صريحا جوسران بند ٦١٩ ص ٣٤٠ .

(٢) في هذا المعنى : د. جميل الشرقاوى بند ١٨ .

(٣) في هذا المعنى : د. الصدة بند ١٢ ؛ د. عبد المنعم البدر اوى : النظرية العامة للالتزامات بند ٢٩ .

(٤) في هذا المعنى : د. البدر اوى بند ٢٩ ؛ وعكس ذلك :

CARBONNIER : Droit Civil T. 4 (Les obligations) 1969

No. 76 p. 252.

(٥) د. البدر اوى : الموضع سابق الاشارة .

يكون هناك من معنى في الحقيقة لأن يعيد الدائن تأكيد هذه الرغبة بعد أن أفصح عنها مسبقا في العقد نفسه .

بل لعلنا لا نبالغ إذا قلنا أن الأمر هنا يكاد يقترب من أن يكون اتفاقا صريحا على الاعفاء من الاعذار . وان كان اتفاقا معلقا على شرط .

٢ — لا تبرر الاعذار حين يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ممكن بفعل المدين (١) :

٤١ — فلما كان قوام الاعذار دعوة المدين الى التنفيذ ونفى مغلنة التسامح معه في التأخير ، فإنه يفترض بالضرورة امكان هذا التنفيذ . فإذا كان هذا الأخير — على العكس — قد أصبح مستحيلا فاما أن تكون هذه الاستحالة بفعل المدين ، وعندئذ يعد مسئولا عن نتائج عدم التنفيذ دون مبرر للاعذار ، بل ودون أن يستحق — فيما نرى — ضمانه الاعذار ، أو تكون راجعة الى سبب أجنبي . وهنا يعفى المدين من التزامه كلية .

كذلك — ولنفس العلة — لا ضرورة للاعذار ، اذا كان تنفيذ الالتزام ولو أنه ما زال ممكنا الا أنه قد أصبح غير مجد بفعل المدين . وذلك — على سبيل المثال — كما لو كان التنفيذ واجبا في فترة معينة بالذات وتركها المدين تمر دون تنفيذ (٢) .

(١) أنظر نقض مصري ١٩٧٢/٦/١ المجموعة ، السنة ٢٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٢ .

(٢) وفي الثمانون الفرنسي أيضا . نقض المادة ١١٤٥ . دنى بأنه « اذا كان الالتزام بامتناع عن عمل ، فإن المخالف يجب عليه التهوين ، بمجرد وقوع المخالفة » . راجع ، من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا النص : نقض ١٩٦٩/٥/٢٢ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٦١٤١) ؛ نقض (تجاري) ١٩٧٠/١١/١٠ (ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ٣١٤) ؛ نقض ١٩٦٨/١٠/٢٥ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٦٠٦٢) وتعليق بريور . وراجع في تأييد بعض الشراح لهذا الاستثناء حيث لا تكون هناك من فائدة من الاعذار في هذه الحالة : ستارك بند ٢٠٤٠ .

٣ — اظهر النية — صراحة — في عدم التنفيذ :

٤٢ — كذلك يفقد الاعذار مبرره اذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه (م ٢٢٠) ^(١) . فلا جدوى في هذه الحالة من دعوته للتنفيذ . ولا يمكن أيضا — وقد سلك سبيل الرخص البات — أن يحمل سكوت الدائن على محمل التسامح معه .

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة . ويؤيد ذلك بعض الشراح ^(٢) تأسيسا على أن الكتابة هي التي تؤكد جدية المدين غيما صدر عنه من تصريح ^(٣) : لأن التصريح الشفهي « قد يكون تسرعا من المدين لم يتدبره : أو تهديدا للدائن لم يقصده » ^(٤) . غيما يرى البعض الآخر أن الكتابة هنا مستلزمة لمجرد الاثبات ^(٥) . بما يعنى أنه يمكن أن يحل محلها فيه . اقرار المدين بتصريحه هذا أو نكوله عن حلف اليمين بصدور هذا التصريح منه . وان كان أنصار الاتجاه الأخير يشترطون في نفس الوقت : أن يتضمن الاقرار معنى أن المدين كان جادا غيما صدر عنه من تصريح ، وأن تكون صيغة اليمين

= كذلك ، اذا كانت المادة ١١٤٦ من هذا القانون تجعل الأصل هو عدم استحقاق التعويض الا باعذار المدين . الا أنها تستثني من ذلك فرض ما اذا كان هذا الأخير ملتزما باعطاء شيء أو بالقيام بعمل . لا يمكن أن يهدى أو يعمل الا في وقت معين ، اذا ترك المدين هذا الوقت يضي . ويؤيد الفقه هذا الاستثناء أيضا : انظر ستارك بند ٢٠٤ .

(٣) ويرى بعض الشراح أيضا أن الاعذار غير متصور في مجال الالتزامات المستمرة . انظر : مارتى ورينو بند ٦٥٧ .

(١) ورغم أن المجوعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصا مماثلا . إلا أن الفقه الفرنسي يرى عدم ضرورة الاعذار اذا صرح المدين بشكل قاطع أنه ليست لديه نية تنفيذ التزامه . انظر ستارك بند ٢٠٤ .

(٢) انظر : د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ٤٧ ؛ د . الصدة بند ١٢ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٦٩ ؛ د . عبد الودود يحيى بند ٢٣ ؛ د . اسماعيل غانم بند ٤٤ .

(٣) ويضاف البعض أنه اذا ما فرض وبقي شك مع صراحة النية في لزوم التصريح الكتابي ، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين . انظر د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ٤٧ .

(٤) د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٦٩ .

(٥) انظر : د . السنهوري بند ٤٦٦ ؛ د . سليمان مرقس ١١٦١

بند ٥٩٤ ؛ د . عبد المنعم البدر اوى بند ٣٢ .

التي توجه اليه — حتى يعتبر نكوله عن حلفها دليلا على صدور التصريح منه — واضحة في معنى هذه الجدية أيضا (١) .

٤ — لا حاجة للاعذار في الالتزامات غير التعاقدية :

٤٣ — لا يتصور الاعذار في هذا النوع من الالتزامات ما دام قوامه دعوة المدين الى التنفيذ : الأمر الذي لا يتصور الا في الالتزامات التعاقدية . أما الالتزامات غير التعاقدية : فانها تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها . وبناء على ذلك صرحت المادة ٢٢٠ بعدم ضرورة الاعذار « اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع . أو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق : أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك » . ولما كان المدين في الحالتين ، ما بين مرتكب لفعل غير مشروع ، أو مثر على حساب الغير بسوء نية ، كان من غير المفهوم أو المبرر أن يحاط بضمانة الاعذار .

النتائج التي تترتب على الاعذار :

٤٤ — يترتب على الاعذار نتيجتان هامتان :

١ — استحقاق الدائن تعويضا عن الأضرار التي تلحقه من تأخر المدين في التنفيذ بعد اعذاره . وذلك فيما عدا حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث لا يستحق التعويض عن التأخير . ويسمى الفوائد ، الا منذ المطالبة القضائية بها .

٢ — نقل تبعة الهلاك الى عاتق المدين ولو كانت قبل الاعذار على عاتق الدائن . وأساس ذلك أن المدين — بعد اعذاره — يعتبر مقصرا الأمر الذي يستوجب القاء تبعة الهلاك عليه .

ففي الوديعة — على سبيل المثال — اذا هلك الشيء المودع ، بفعل قوة قاهرة تحت يد المودع لديه ، فانه يهلك على الدائن بالتسليم وهو

(١) انظر د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٥ .

المودع . فإذا كان قد سبق وأعذر المدين بالتسليم (وهو المودع لديه) مطالباً إياه بتسليم الشيء الذي هلك بعد ذلك تحت يده . انتقلت تبعة الهلاك الى عاتق هذا المدين . اللهم إلا إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان هالكا لا محالة تحت يد الدائن لو أنه سلمه إليه . ومع ذلك تظل تبعة الهلاك على عاتق المدين حتى في هذه الحالة الأخيرة إذا كان قد اتفق مع الدائن على تحمل تبعة الحوادث المفاجئة (م ٢٠٧) .

الاعذار والتعويض عن عدم التنفيذ :

٥ — يثور التساؤل عن مدى ضرورة الاعذار للتعويض عن عدم التنفيذ . فيذهب رأى الى ضرورته حتى في هذه الحالة (١) . وذلك على أساس من صراحة وعمومية نص المادة ٢١٨ حين قضت بأنه « لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين » . والتعويل على عمومية النص يصلح — فيما نعتقد — سندا لمثل هذا الرأى . لأن مدلول هذه العمومية أن المشرع يقصر حق الدائن في التعويض على الأضرار التي تلي الاعذار دون ما عداها . غير أن العلة من الاعذار — وهي نفى مظنة التسامح من الدائن في تأخر المدين فقط عن تنفيذ التزامه : لا يمكن أن تستجيب والامتناع النهائي عن التنفيذ الأمر الذى يحيق بالدائن ضرراً نهائياً لا يتصور تسامحه فيه . ولذلك فنحن نفضل رأياً آخر : لا يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ سبق اعذار

(١) من هذا الرأى د. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام ١٩٤٥ بند ٥٧٣ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٤٥ ، د. الصدة بند ١٣ ، د. البدرأوى بند ٢٧ ، د. جمال زكى بند ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، د. جمل ، الشرقاوى بند ١٨ ، د. سمير تناغو بند ٣٠٠ ، وفي الفقه الفرنسى : جوسران بند ٦٢١ ؛

DAVID (F) : De la mise en demeure R. crit. 1939 spec. No. 9 - 12 ; ALLIX (D) : Reflexions sur la mise en demeure j.c.p. 1977 - 1 - doct - 2844 No 32.

المدين (٢١) : في معنى أن الدائن سوف يستحق تعويضا شاملا عن كافة الأضرار الناتجة من عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق له أن أعذر مدينه .

ولا يسوغ لهذا الأخير أن يزعم بأنه لو كان قد أعذر من قبل الدائن برغبته في التنفيذ لكان قد نفذ . فالواقع العدلي أنه لم ينفذ حتى بالرغم من رفع الدعوى عليه .

المبحث الثاني

كيفية تقدير التعويض

حصر ، وتقسيم :

٤٦ — يتولى القاضى عادة تقدير التعويض . الذى يسمى عندئذ

(١) من هذا الراى : د . انور سلطان بند ٣٥ : وبند ٦٥ : د . اسماعيل غانم بند ٤٥ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابيتان ، ودى لاموراندير بند ٩٩ مكرر ؛ ديبورا وجوديمبه ص ٣٨٤ ؛ مارتى ورينر بند ٦٥٥ ا وقارن مع ذلك بند ٦٥٥ مكرر ا ؛

WEILL (A) : Dommage - intérêts compensationres et mise en demeure R. crit. 1939 p. 203 et c ; HUBERT note S 1926 - 1 - 17.

(٢) ويفرق كاربونيه ١ بند ٧٦ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ ا بين ما اذا كان المدين غير مخلص في عدم تنفيذه لالتزامه . لانه كان بجهل وجود التزام عليه واحد . التنفيذ (كالمؤجر الذى لا يقوم باجراء الترميمات الضرورية للعمير . المؤجرة لان المستأجر لم يخطره بها ظهر بها من عيوب ا . وبين الفرض المعكبي .

كذلك عرف الدكتور السنهورى بـ فرض ما اذا كان التنفيذ للمدين — عندما يطالب الدائن مدينه بالتعويض عن عدم التنفيذ — لا يزال ممكنا او انه اصبح غير ممكن . واستلزم الاعذار لاستحقاق التعويض في الفرض الاول فقط (بند ٦٨) . وفي الحقيقة فان الفرض الاول يخرج من اطار المناقشة اصلا : لان المشكلة هنا تفترض ان المدين لم يبد استعداده لتنفيذ التزامه بعد رفع الدائن دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، وفي هذه الحالة فان التنفيذ العيني يصبح في حكم غير الممكن . ويتعبر اوضح فـ : ان الدائن اذا رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ دون سابق اعذار للمدين ، فأخذ امرين : اما ان يعرض المدين في الجلسة لتنفيذ التزامه . فلا يستحق الدائن عندئذ ثمة تعويض ولا عن تأخر المدين الفعلي في تنفيذه لالتزامه حيث لا يحسب عليه هذا تأخرا قانونيا ، كما قلنا ، الا منذ الاعذار : ولا اعذار ؛ او لا يعرض هذا التنفيذ ، وعندئذ لا يسوغ له الزعم بأنه لو كان قد اعذر لكان قد أوفى بالتزامه ، فالواقع المؤكد انه لم يف .

بالتعويض القضائي . الا اذا اتفق الطرفان مقدما على تقديره . حين
يسمى في هذه الحالة بالتعويض الاتفاقي (أو الشرط الجزائي) .
وقد يقدره القانون مباشرة ليكون تعويضا قانونيا وهو ما يسمى
بالفوائد . ونخصص لكل من هذه الدارق الثلاثة مطلقا مستقلا :

المطلب الأول التعويض القضائي

نوعاه :

٤٧ — اذا تراغرت شرائط استحقاق التعويض — بتوافر أركان
المسئولية من خدأ وضرر وعلاقة سببية — فان القاضي . من حيث
الأصل . هو الذي يتولى تقدير هذا التعويض .

وقد رسمت طريقة هذا التقدير : المادة ١٧١ مدني . حين
قضت بأن :

١ — يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف .

٢ — ويقدر التعويض بالنقد : على أنه يجوز للقاضي . تبعا
للظروف وبناء على طلب المضرور . أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت
عليه . أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك
على سبيل التعويض « ويقال — تبعا لذلك . واستخلاصا من الفقرة
الثانية من هذا النص بصفة خاصة — أن التعويض القضائي نوعان .
فهو اما تعويض نقدي أو تعويض عيني :

(١) التعويض النقدي :

٤٨ — وهو مبلغ من النقود : يتولى القاضي تقديره للمضرور .
بشرط أن يكون جابرا للضرر كله .

وهذا النوع من التعويض يعتبر الأصل في اطار المسئولية

التقصيرية^(١) . ما دام أن النص السابق قد علق النوع الثانى من التعويض (وهو التعويض العينى) على شرط طلبه من جانب المضرور . حين يجوز للقاضى — فى هذه الحالة الأخيرة أن يقبل هذا الطلب اذا وجد التعويض العينى هو الأنسب ؛ أو يرفضه ويحكم بالتعويض النقدي . بينما أنه اذا بدأ المضرور بطلب التعويض النقدي . فلا يجوز للقاضى أن يستبدل به التعويض العينى ولو طلب المدين ذلك .

أما فى اطار المسئولية العقدية فان اعمال المادة ٢٠٣ يجعل من التنفيذ العينى هو الأصل متى كان ممكناً ؛ بحيث لا ينزع القاضى الى التنفيذ بمقابل (أى بطريق التعويض) الا اذا استحال التنفيذ العينى بخطأ المدين أو كان فى هذا التنفيذ ارهاقاً له ولم يكن فى العدول عنه الى التنفيذ بمقابل ضرراً جسيماً يلحق بالدائن ؛ (على ما سبق بيانه عند دراستنا للتنفيذ العينى) وفى هذه الحالة يمكن أن يقضى على المدين بتعويض نقدي .

٤٩ — واذا تعين الحكم بالتعويض النقدي . فقد يقدره القاضى بمبلغ محدد ؛ اما واجب الدفع فوراً — وهذا هو الغالب — أو على أقساط . وقد يكون هذا التعويض فى صورة ابراد مرتب . « ويجوز فى هاتين الحالتين — الأخيرتين — الزام المدين بأن يقدم تأميناً » لضمان حق المضرور — م ١٧١ مدنى .

(ب) التعويض العينى :

٥٠ — غير أن المضرور — فى المسئولية التقصيرية — قد يرى الترضية الكافية إما أحابه من ضرر . فى وسيلة غير نقدية ؛ فيجوز

(١) راجع فى معنى ان الأصل فى التعويض هو التعويض النقدي د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ ؛ د. مصطفى الجمال بند ٢٦٨ ؛ بل أنظر فى قول البعض أن التعويض يحدد « دائماً » بالنقود د. الصدة بند ٢٥ ؛ وأنظر عكس ذلك ؛ وأن للمضرور الحق فى التعويض العينى « كلما كان ذلك ممكناً » د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛ ويشير هـ الى حكم نقض مصرى فى ١٦/١٢/١٩٤٨ الذى قضى بأن « التعويض العينى عن الضرر الضار هو الأصل ؛ ولا يسار الى عوضه ؛ أى الى التعويض النقدي الا اذا استحال التعويض عينا » .

للقاضي أن يجيبه اليها . كما اذا اعتدى عليه بالسب أو القذف . فطلب
الزام المعتدى بنشر الاعتذار عما بدر منه أو تكذيبه في الصحف .

والنص السابق يفترض التعويض العيني في اطار المسؤولية
التقصيرية وذلك من موضع وروده في الفصل الخاص بالعمل غير
المشروع ؛ كما أن بعض عبارات الفقرة الثانية منه ؛ صريحة في هذا
المعنى .

٥١ — وتدعونا هذه الملاحظة الى تساؤل عن مدى ما يمكن
أن يكون للتعويض العيني من فرص التطبيق في اطار المسؤولية العقدية .

والظاهر ؛ في هذا الشأن ؛ أن الفقه المصرى لا يفرق — في امكان
الحكم بالتعويض العيني — بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية
العقدية (١) . ورغم أن نص المادة ١٧١/٢ (الذى يجعل للقاضي أن
يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه) قد ورد في اطار المسؤولية عن
العمل غير المشروع ؛ الا أنه يرى تطبيق حكمه بطريق القياس على
المسؤولية العقدية أيضا (٢) . وفي سبيل التدليل على امكان هذه
التسوية ؛ ومن ثم امكان الحكم بالتعويض العيني في اطار المسؤولية
العقدية ؛ يمثل عادة بفرض ما اذا كان محل الالتزام تسليم شيء هلك
بخطأ المدين ؛ حين يمكن للدائن ؛ في نظر الفقه ؛ أن يطلب بدلا من
التعويض النقدي تسليمه شيئا مماثلا (٣) . أو يكون المدين قد تعهد
بعدم البناء ؛ وخالف هذا التعهد ؛ حين يمكن أن يطلب الدائن ازالة
البناء المخالف كتعويض عيني . وقد قضت محكمة النقض في هذا
الاتجاه ؛ في أحد أحكامها ؛ حين قالت بأن التعويض قد يكون عينيا
« بازالة المخالفة التي وقعت اخلالا بالالتزام » (٤) .

(١) انظر ؛ في هذا المعنى تقريبا : د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛
د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ .

(٢) في هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ٤٦ .

(٣) انظر د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ .

(٤) نقض ١٩٧٧/٥/١٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٩ ص ١١٥٨ .

(م) — موجز الأحكام العامة للالتزام (

ونعتقد من جانبنا أن فرص الحكم بالتعويض العيني ، بمعناه الدقيق ، قليلة ^(١) في مجال المسؤولية العقدية . وأن الأمثلة التي سبقت للتدليل على التسوية بين نوعي المسؤولية في إمكان الحكم بالتعويض العيني يشوبها خلط بين التعويض العيني والتنفيذ العيني : فحين يقضى على المدين بتسليم شيء مماثل للشيء الذي هلك بخطئه بدلا من الحكم عليه بتعويض نقدي : إنما يقضى عليه : في الحقيقة بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ^(٢) ؛ إذ المبدأ أن المثليات لا تهلك ، ومن ثم يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء . وحين يقوم المدين بإزالة البناء المخالف أعمالا للحكم بالازالة ، فإنه بذلك لا يعوض الدائن تعويضا عينيا وإنما هو في الحقيقة ينفذ التزامه بالامتناع عن البناء . عينا ، بالنسبة للمستقبل ^(٣) . والدليل على ذلك أن بإمكان الدائن أن يطلب — إلى جانب هذه الازالة — الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إقامة البناء المخالف وازالته بعد إقامته ، ولو كان في الحكم بالازالة تعويضا لما جاز له أن يجمع بين التعويضين .

طبيعة الحكم به (الحكم بالتعويض كاشف عن الحق فيه) :

٥٢ — ولما كان قوام المسؤولية المدنية هو جبر الضرر الذي أحدثه خطأ المسئول ، فإن الحق في التعويض عن هذا الضرر إنما ينشأ لطالبه من وقت تحقق الضرر (أو من تاريخ الاعذار في الحالات التي يكون فيها واجبا) ، ليغدو الحكم به مجرد مقرر أو كاشف عن الحق فيه وليس منشئا له . ويمكن التدليل على ذلك بما هو مسلم به من

(١) وفي هذا المعنى يقول كاربونيه أن الأصل في تعويض الدائن بالالتزام غير المنفذ ، أن يقضى له بمبلغ نقدي ، « ولا يستطيع القاضي أن يحكم على المدين بتعويض عيني . بند ٧٦ ص ٢٥٤ .

(٢) بل يرى البعض أن الحكم على المدين بتسليم شيء مماثل غير جائز ، ولا بد أن يكون تعويض الدائن هنا تعويضا نقديا . كاربونيه ، الموضع سابق الإشارة .

(٣) ويقترب من هذا المعنى حكم النقض المصري الصادر في ١١/١/١٩٧٥ حين قضى بأن « طلب العامل إعادته إلى عمله ، لأن فصله كان بغير مبرر ، إنما هو طلب تعويض بطريق التنفيذ العيني » . المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٧ ص ١٥٠ .

امكان قيام المسئول بدفع التعويض للمضرور قبل صدور الحكم القضائي به ، فيعتبر ذلك من جانبه وفاء بالتزام قائم في ذمته .

٥٣ — ولا يصح الاعتقاد بأن أمر ما اذا كان الحكم بالتعويض يعتبر كاشفاً أو منشئاً للحق فيه هو مجرد خلاف لفظي . وانه! — على العكس يترتب على الأخذ بهذا الرأي أو ذلك نتائج هامة . تظهر — بصفة خاصة — من حيث مدى امكان التصرف في الحق في التعويض من جانب المضرور : ومن حيث مدى امكان الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين (المسئول) : ومن حيث الوقت الذي يبدأ فيه سريان تقادم دعوى المسئولية .

فلأن الحق في التعويض ينشأ من وقت الضرر بحيث يكون الحكم به مجرد كاشف عن الحق فيه ، فان للمضرور أن يتصرف في هذا الحق منذ هذا الوقت ، فيحوله مثلا الى شخص آخر لينتقل الى المحال اليه بذات الأوصاف (حقا مستحق الأداء وان كان غير معين المقدار) (١) . كما يكون للمضرور — كذلك — وبحسبان حقه في التعويض مستحق الأداء : أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين بالتعويض (المسئول) ولو كان هذا التصرف سابقا على صدور الحكم بالتعويض . كما يبدأ — بالتالى — سريان تقادم دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر ما دام أن المضرور يعلم به وبشخص المسئول عنه (والا فانه لا يسرى الا من وقت هذا العلم) .

الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض :

وتحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض مجموعة من القواعد تتلخص في :

(١) اللهم الا اذا كان هذا التعويض مستحقا عن ضرر ادبى : حيث لا تجيز المادة ٢٢١ مدنى ان ينتقل هذا الحق الى الغير الا اذا كان قد تحدد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسئول ، او كان الدائن (المضرور) قد طالب به أمام القضاء . ولعل امكان انتقال الحق في التعويض عن هذا النوع من الضرر في الفرض الآخر ما يؤكد ان هذا الحق ينشأ للمضرور من يوم حدوث الضرر وليس من يوم صدور الحكم ، ما دام انه يكفى — بصريح النص — مجرد المطالبة القضائية به ، حتى يمكن ان ينتقل بعد ذلك للغير ولو قبل صدور الحكم .

١ — التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت (١) :

٥٤ — ذلك أنه لما كان من الضروري أن يكون التعويض جابرا لكل الضرر كان من الواجب — بالتالى — أن يشمل « ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب » م ٢٢١ وهما عنصرا كل تعويض .

وبيان ذلك أن الضرر المادى . بحسبانه اصابة لذمة المدين المالية قد يؤثر فى هذه الذمة بشكل مباشر حين ينقص من مال الدائن لىسمى فى الاصلاح بالخسارة اللاحقة ، كأن يخل المستعير بالتزامه بالمحافظة على الشيء المعمار فتتلف بعض أجزائه مما يكبد المعير نفقات اصلاحه . وقد يؤثر فيها بشكل غير مباشر حين يفوت على الدائن كسبا كان سيجنيه لىسمى فى الاصلاح بالكسب الفائت ومثاله أن يخل الناقل بالتزامه بتسليم البضاعة الى المرسل اليه فى الوقت المحدد : فيفوت عليه فرصة بيعها بسعر مرتفع . فاذا كان خطأ المدين قد أصاب الذمة المالية للدائن بشكل مباشر وغير مباشر معا ، بأن ألحق به خسارة فى الوقت الذى فوت عليه كسبا ، واستطاع الدائن أن يثبت ذلك : وجب على القاضى أن يقرر التعويض بحيث يجبر كلا من وجهى الضرر . ومثال ذلك أن يؤدى الفعل الضار الى اصابة فنان أثناء ذهابه لاهياء حفل كان قد تعهد باحيائه مقابل أجر . عندئذ يتعين أن يشمل التعويض (فضلا عن الألم المعنوى الذى يقاسيه المضور من جراء الاصابة . جميع المصروفات التى يتكبدها لعلاج اصابته باعتبار هذه المصروفات خسارة لحقت به : والأجر الذى كان سيتقاضاه من احياء الحفل بحسبانه كسبا ضاع عليه .

٥٥ — وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها . أن تعيين عناصر الضرر المطالب بالتعويض عنه : انما هو من مسائل

(١) انظر فى هذا المعنى من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٢ ص ١٠٢٥ ؛ نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة ٢٦ — ١٦٧ — ٨٥٤ ، نقض ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة ٢٥ — ٢٠٤ — ١٢١٠

القانون التي تخضع لرقابتها ^(١) . وتطبيقا لهذه الرقابة أيدت :
بحق . حكم الاستئناف الذي رفض أن يرى في انفاق الأب على
ولده ^(٢) ما يعتبر خسارة تستوجب التعويض : ما دام أن الأب ملتزم
بهذا الانفاق قانونا . كما أفصحت : في هذا الحكم . عن فهمها لمدلول
تفويت الكسب على المضرور : حين اكتفت في هذا الشأن بفوات ما كان
يأمل في الحصول عليه من كسب . ما دام لهذا الأمل أسباب
مقبولة ^{(٣) (٤)} .

.....
(١) انظر مثلا : نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣٠ رقم ١٧٥
ص ٩٤١ ؛ ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة ٢٨ — ٩٥ — ٥٠٠ : ١٩٧٥/١٢/٢٣
المجموعة ٢٦ — ٣٠٩ — ١٦٥٢ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة ٢٦ — ١١٥ —
٥٦٨ ؛ ١٩٧٥/٥/٢٦ المجموعة ٢٦ — ٢٠٦ — ١٠٧٨ ؛ ١٩٧٢/٥/١٣ المجموعة
٢٣ — ١٤٠ — ٨٩٤ ؛ ١٩٧٠/٣/٣١ المجموعة ٢١ — ٨٦ — ٥٣٨ ؛ ١٩٧٠/١٢/٨
المجموعة ٢١ — ١٩٧ — ١٢٠٨ وقرب نقض فرنسي ١٩٨٣/١٢/٦
(د . ١٩٨٣ — أ . ١٢٤) .

وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٢ انه كان يتعين
ضرورة مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجاري .
عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر . أما القضاء بالتعويض
بصورة مجملة دون بيان عناصره ، فإنه يعتبر من قبيل القصور الذي يشوب
الحكم . المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٤٠ ص ٨٩٤ .

أما إذا بين الحكم في أسبابه عناصر الضرر : فإنه لا يعيبه بعد ذلك
تقدير تعويض إجمالي عن تلك العناصر . في هذا المعنى نقض
١٩٧٠/١١/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٩٤ ص ١١٨٩ .

(٢) وقد جاء في هذا الحكم أن « الوالد ملتزم بحكم القانون بالانفاق
على أولاده في سبيل رعايتهم واحسان تربيتهم ، فلا يصح اعتبار ما ينفقه في
هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض . ولما كان ما أنفقه الطاعن ...
على ولده المجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانونا .
فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه اذ التزم في
مضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون » . نقض ١٩٧٩/٥/١٦
المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٥١ ص ٣٦١ .

(٣) فقد جاء في هذا الحكم : « من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه
إذا كانت الفرصة أمرا محتملا ، فإن تفويتها أمر محقق . ولا يمنع القسانون
من أن يحسب في الكسب الفسائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من
كسب ، ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة . ولما كان الحكم المطعون فيه
قد ذهب الى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنيهما لهما في
شيخوختهما بأنها احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه
وهو أمر احتمالي ، وبين تفويت الأمل في هذه الرعاية وهو أمر محقق ؛
ولما كان الثابت ... أن الطاعن قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل الى =

٣ — التعويض حماية قانونية تشمل الحق والمصلحة المشروعة :

٥٦ — وغنى عن البيان أن يكون للمضرور الحق في التعويض حيث يتمثل الضرر المادي الذي يصيبه . في الاخلال بحق محدد له .
غنيا كان هذا الحق أو شخصيا أو معنويا .

غير أن له فضلا عن ذلك الحق في التعويض ولو تمثل هذا الضرر في اخلال بمصلحة مالية لا ترقى الى مستوى الحق . شريطة أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام أو الآداب (١) .

فاذا أدى — على سبيل المثال — الفعل غير المشروع الى قتل أحد الأشخاص ، كان الأولاده (فضلا عن حقهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب مورثهم من جراء الفعل غير المشروع) . الحق في التعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم متمثلا في اهدار ما كان لهم من حق في النفقة على المقتول . كما يكون للسيدة التي لا تجب لها النفقة عليه ، الحق في التعويض أيضا عن الضرر المادي الذي أصابها في مصلحتها المالية بوفاة ، لما كانت

= المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالبا في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما ، الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظلا برعايته ، واذا افتقده فقد فانت فرصتهما بضاياع أملهما ؛ فان الحكم المطعون فيه اذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون » . وانظر في نفس المعنى أيضا نقض ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٣٥ ص ٨٢٨ .

(٤) ومن تطبيقات هذه الرقابة أيضا ، ما قضت به من أن انفسار الحكم أن عنصر التعويض عما فات من كسب هو طلب للفوائد ؛ يعتبر خطأ في القانون . انظر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢١ رقم ٢٠٢ ص ١٠٢٥ (وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بحادث سيارة ، طالبت صاحبها فيه بتعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلفها ، وبمبلغ آخر شهريا كتعويض معادل لايرادها الذي حرمت منه ، حين اعتبر الحكم المطعون فيه — وبشكل خاطيء — عنصر التعويض عما فات الطاعنة من كسب ، طلبا للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس .

(١١) في هذا المعنى : جوجار (دروس مازو) بند ٦٠٦ ، كاربونيه بند ٨٨ ص ٣٠٥ .

تعول في نفقتها عليه متى كان من الثابت أن المقتول كان يعولها على نحو مستمر وأن الظروف تؤكد أنه كان سيستمر في هذا الانفاق مستقبلا (١) . على أنه يشترط أن تكون العلاقة بينه وبينها علاقة مشروعة والا — كما لو كانت خليلته مثلا — لما استحققت تعويضا . لأن مصلحتها من بقاءه حيا تكون مصلحة غير مشروعة (٢) .

التعويض يجب أن يكون جابرا لكل الضرر ، مقدرا بالمعيار الذاتي :

٥٧ — وفي هذا المعنى تقضى المادة ١٧٠ مدنى صراحة بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور ... مراعىا فى ذلك الظروف الملابسة » (٣) .

وبيان ذلك أن الفعل غير المشروع قد يلحق بالمضرور — فى ضوء ظروفه الشخصية — ضررا يفوق فى جسامته ما كان ليصيب شخصا

(١) وفى هذا المعنى جاء فى حكم لحكمة النقض المصرية : ان طلب التعويض عن الضرر المسمى نتيجة وفاة شخص آخر مشروط بثبوت ان المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم . وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . انظر : نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٨٤ ص ٩٣٧ ؛ وفى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ ، ٣٠ — ١٧٥ — ٩٤١ ؛ ١٩٧٨/٥/٢٣ ؛ ٢٩ — ٢٥٤ — ١٣٠١ ؛ وانظر ايضا فى نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٢٧٩ ؛ نقض (جنائى) فرنسى ١٩١٣/٢/٧ (د . ١٩١٣ — ١ — ٢٧٣) .

(٢) ياخذ بهذا الشرط ايضا : مارتى ورينو بند ٣٨٠ ؛ فلور تعليق (د . ١٩٤٥ — ٢٩٣) ؛

MAZEAUD (H) : La lésion d'un «Intérêt légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile. D 1954 - chr - P. 39 ;

JOSSERAND : L'avènement du concubinat D.H. 1932 - chr - 45

وكان القضاء فى فرنسا قد اجاز تعويض الخلية عما أصابها من ضرر فى مصلحتها بموت خليلها ، ثم تحول عن هذا الاتجاه لفترة ، ثم عاد مؤخرا يقترب من الاتجاه الأول . راجع فى هذا التطور مارتى ورينو بند ٢٧٩ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ .

٣٠ انظر نقض ١٩٧٢/٦/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٦٨ ص ١٠٧٥ . وقد جاء فيه أن تقدير التعويض من اطلاقات محكمة الموضوع مهتدية فى ذلك بكافة الظروف والملابسات فى الدعوى .

آخر لا تتوافر فيه هذه الظروف . وعندئذ يجب على القاضى اعمالا للنص سابق الذكر ، أن يأخذ هذه الظروف . فى اعتباره عند تقدير التعويض . فأقل عاهة فى ساق عداء أو لاعب كرة قدم على سبيل المثال انما تنزل به ضررا لا يمكن مقارنته بعاهة تصيب ساق عامل يدوى كالساعاتى مثلا .

٥٨ — ويرى جانب من الفقه المصرى . أخذا بصريح الأعمال التحضيرية للنص سابق الذكر . أن الظروف الملازمة التى وردت فيه . انما تشمل مدى جسامه خطأ المسئول (١) . حين ينقد البعض الآخر (٢) — على العكس — هذا الاتجاه ، ويراه أمرا غير مفهوم بعد انفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية واختلاف التعويض — تبعا لذلك — عن العقوبة .

ونحن وان كنا نفضل الانضمام الى الاتجاه الأخير . الا أننا نعتقد أن الاستناد فى تبريره الى ما يقال من انفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ومن ثم اختلاف التعويض عن العقوبة . هو من قبيل الاستناد الى حجة غير حاسمة . فلا يزال للمسئولية المدنية . فى العصر الحاضر : دورا فى الزجر أو الردع هاما تلعبه . الى جانب دورها التعويضى الأساسى . هذا الدور هو ما يعرف اصطلاحا بالعقوبة الخاصة *La Peine Privée* . تلك العقوبة التى تجد لها تطبيقات متعددة فى التشريعات الحديثة . كما هو الحال — مثلا — فى الغرامة التهديدية ، وفى الشرط الجزائى . وفى اضعاف التأمينات . وفى جزاء الاخلال بالالتزام باعلان الخطر فى التأمين ... الخ .

وعلى أية حال ، فاننا نسلم مع هذا الرأى الأخير . بأنه من حيث الواقع يأخذ القاضى — بمنطق شعوره كإنسان — مدى جسامه خطأ

(١) من هذا الاتجاه : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ ، وبند ٤٠٩ . د. عبد المنعم البدر اوى بند ٤٥ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٤٧ .
(٢) انظر : د. الصدة بند ٢٨ ؛ د. جميل الشرقاوى بند ١٩ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٢٦ ، د. مصطفى الجمال بند ٢٦٨ .

المسئول في حسابه عند تقدير التعويض^(١) . بما يجعل من اشتراط أن يلتزم القاضى في تقدير التعويض قدر الضرر بصرف النظر عن مدى جسامه الخطأ : اشتراطا نظريا في الحقيقة .

٥٩ — ويبقى أن نشير في هذا الصدد — الى أننا لا نسلم بما ورد في المذكرة الايضاحية لنص المادة ١٧٠ مدنى سابقة الذكر : من أن الظروف الملازمة التي يجب مراعاتها في تقدير التعويض تشمل أيضا — وكما يؤيد ذلك بعض الشراح — الظروف المالية للمسئول^(٢) . ذلك أن الحكم بالتعويض يجب أن يكون جابرا لكل الضرر . بصرف النظر عما اذا كان تنفيذ هذا الحكم — بالنظر الى الظروف المالية للمسئول — سوف يصادف صعوبة أم لا . ويبدو أن واضع المذكرة الايضاحية كان يضع نصب عينيه في هذا التوسع أن المسئول قد يكون مؤمنا على مسئوليته لدى شركة تأمين بما يسمح — عنده — بتقدير تعويض أكبر منه في الحالة العكسية التي يضمن فيها مرتكب الفعل الضرر مسئوليته بنفسه . غير أن هذا النظر في الواقع غير دقيق . اذا لم نقل أنه يتنافى مع فن التأمين نفسه : الذي يقوم على أساس من أن شركة التأمين انما تتحمل عن المستأمن مسئوليته ذاتها ، بحيث لا يتحرك ضمانها الا بعد ثبوت مسؤولية عميلها ، وبقدر هذه المسؤولية .

٤ — التعويض يقتصر على الضرر المباشر^(٣) ، وفي المسؤولية العقدية على ما كان منه متوقعا^(٤) :

٦٠ — واذا كان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة

(١) انظر في هذا المعنى د. الصدة بند ٢٨ ، وكاربونيه بند ١١١ ص ٤٠٨ الذي يضيف أن القاضى يدخل في حسابه مدى جسامه الأخطاء في حالة قسمة التعويض بين المسئولين المتعدين عن الضرر .

(٢) في هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ وبند ٤٠٩ .

(٣) انظر نقض فرنسي (جنائي) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د. ١٩٨٣ —

أ.ر — ١٨٢) .

(٤) أما في المسؤولية التقصيرية فانه يشمل الضرر المباشر كله : متوقعا أو غير متوقع . انظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٢٠٤ ص ١٢١٠ .

وما فاتته من كسب على التفصيل السابق . الا أن ذلك مشروطا في المادة ٢٢١ مدنى بأن يكون الضرر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به » . ويقال — تبعا لذلك — أن التعويض — في المسؤولية المدنية بنوعيتها — يقتصر على الضرر المباشر فقط . أى الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ . وهو يعتبر كذلك وفقا لذات النص « اذ لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » .

أما فى اطار المسؤولية العقدية فان التعويض يقتصر . فضلا عن ذلك على الضرر المتوقع ما لم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، حين يسأل عندئذ — عن كل الضرر المباشر ولو كان غير متوقع . وفى هذا المعنى جاء فى المادة ٢/٢٢١ « أنه اذا كان الالتزام مصدره انعقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (١) . على أن يلاحظ أن المعيار فى توقع الضرر من عدمه هو معيار موضوعى (٢) ، ومن ثم يخضع تقديره لقاضى الموضوع (٣) . وأنه لا يكفى أن يكون المدين قد أمكنه أن يتوقع الضرر فى سببه ، وانما يلزم أيضا أن يكون بالامكان توقعه فى مداه (أى فى قيمته) (٤) . وأمر تفصيل هذا القيد انما يدرس عادة عند التعرض لركن الضرر فى المسؤولية المدنية ، فيكتفى فيه بهذا القدر . ونحيل فى باقى التفاصيل الى ذلك الموضع .

هـ — يكون التعويض بقدر الضرر مقوما بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائى :

٦١ — هذا ويتعين على القاضى — وفق ما استقر عليه

(١) وعلى نفس النسق يجرى نص المادة ١١٥٠ مدنى فرنسى .
(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٠٥٥ ؛ وانظر أيضا : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ (د . ١٩٣٨ — ١ — ٢٨ وتعليق ميمين) .
(٣) انظر ، من التطبيقات القضائية : استئناف باريس ١٩٤٩/١١/٢٩ (د . ١٩٥١ — ٣ — ٣١ وتعليق روجير) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ سابق الإشارة .

(٤) وهذا المعنى أصبح مسلما به فى الفقه والقضاء الفرنسيين أيضا فى الوقت الحاضر : انظر : ستارك بند ٢٠٥٥ والأحكام المشار اليها فيه .

القضاء (١) (٢) — أن يقدر الضرر بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي . فيأخذ في اعتباره ما يطرأ على الضرر من تغير في مداه (عناصره) أو في قيمته حتى يوم صدور هذا الحكم .

ويبدو أن وراء هذا الاتجاه رغبة القضاء في محاربة ما قد يؤدي إليه انخفاض العملة من ميل لدى المسئول في اطالة أمد النزاع عن طريق الطعن في الحكم بكل طرق الطعن من استئناف ونقض ؛ اذ ما دام الضرر سوف يقوم بحالته يوم صدور الحكم النهائي . فلن يفيد المسئول شيئاً أن يطيل أمد النزاع (٣) .

على أنه يجب أن يلاحظ أنه اذا كان الضرر قد تفاقم في الفترة ما بين وقوعه وصدر الحكم وكان بإمكان المضرور أن يتفادى هذا التفاقم بالمبادرة الى اصلاح الضرر على نفقته ولم يفعل . فان هذا التفاقم يعتبر — وفقاً للمادة ٢٢١ سابقة الاشارة — ضرراً غير مباشر لا يسأل عنه مرتكب الفعل الضار . أما على العكس اذا كان قد بادر الى اصلاح هذا الضرر على نفقته ؛ فانه يمكنه أن يرجع — بما أنفق — على المسئول . غير أن حقه يتحدد — عندئذ — بقدر ما أنفق

(١) انظر مثلاً : نقض مصرى ١٧/٤/١٩٤٧ مجموعة عمر ج ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ ؛ ومن القضاء الفرنسى : نقض (عرائض) ٢٤/٣/١٩٤٢ (ج.ب ١٩٤٢ — ١ — ٢٢٤) وقد اشار أيضاً الى استقرار القضاء الفرنسى في هذا الاتجاه : كاربونيه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

وانظر في تطور القضاء الفرنسى في هذا الخصوص :

MAZEAUD (L) : L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance j.c.p. 1942 - 1 - 275.

(٢) ويؤيد الفقه أيضاً هذا الاتجاه : انظر مثلاً : د. اسحاق غانم د. ٤٧ ؛ د. البدراوى بند ٤٦ ؛ د. سليمان مرفس ١٩٥٧ بند ٩٢ . ١٩٦١ بند ٦٢٢ ؛ د. جميل الشرقاوى بند ١٩ ؛ وفي الفقه الفرنسى انظر مثلاً : كاربونيه ، الاشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٦٥ ؛ د. البدراوى بند ٤٦ ؛ كما يبرر البعض هذا الحل بأنه هو الذى يحقق — في ضوء ظاهرة الانخفاض المستمر في قيمة النقود — قاعدة وجوب التعويض الكامل للضرر . انظر كاربونيه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

فعلا : دون أن يكون لتغير سعر النقود في الفترة ما بين هذا الانفاق
وصدور الحكم أى أثر (١) .

٦ — التعويض يشمل الضرر الأدبي (٢) أيضا (٣) :

٦٢ — وعلى هذا جرى نص المادة ٢٢٢ مدنى التى قضت
بمراحة بأن « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا » .

ومن غير شك أن واضعى هذا النص كانوا يقصدون بالتعويض
هنا التعويض المالى أو النقدى ، ما دام أنه من البديهي ، ودون حاجة
الى نص خاص أن يكون بالامكان جبر الضرر الأدبي بترضية أدبية
مماثلة كالاعتذار أو التكذيب المنشور .

ويرجع حرص المشرع على وضع هذا النص الى ما كان يثور من شك
حول مدى امكان جبر الضرر الأدبي بتعويض نقدى : بمقولة أن مثل
هذا الضرر لا يعتبر خسارة مالية من جهة ، وأنه مما لا يتفق — من
جهة أخرى — والمثل العليا الأخلاقية أن يقبل الانسان . لقاء الاعتداء
على شرفه أو كرامته ، مبلغا نقديا ، فينزله أو ينزلها بهذا الشكل
منزلة الأموال المادية . فضلا عن صعوبة تقدير التعويض عنه (٤)

(١) في هذا المعنى : ليون مازو مقال ١٩٤٢ سابق الإشارة ؛ وانظر
أيضا : استئناف باريس ١٩٢٦/١٢/٢ د. ١٩٢٧ — ٢ — ١١٧ وتعليق
H.A. () ؛ وفي ١٩٣٥/٧/٢ (ج.ب ١٩٣٥ — ٢ — ٦٨٢ . ويعمل مازو
هذا الحكم بأن المضرور عندما لجأ الى اصلاح الضرر بنفسه يكون قد
غير من طبيعة هذا الضرر فأصبح يتمثل . ايا كانت صورته الأصلية — في
المبلغ النقدي الذى دفعه في هذا الاصلاح . فلا يستحق الا ما دفع .
(٢) والمقصود به الضرر الذى لا يصيب الذمة المالية للشخص .
انظر في هذا المعنى . وفي عدم دقة التعبير (ضرر أدبي) Préjudice
morale (وفي تفضيل اصطلاح (الأضرار غير الداخلة في الذمة المالية
Dommages extra patrimoniales (، ستارك بند ١١٣ ، جوجارز
(دروس مازو) بند ٤١٧ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة
السنة ٢٣ رقم ١٠٥ ص ٦٧٠ ، والأحكام المشار اليها لاحقا في البند ٦٥ .
(٤) راجع في تفاصيل الاعتراضات التى كانت توجه ضد التعويض
النقدي عن هذا النوع من الضرر ، والرد عليها : مارتى ورينو بند ٣٨٢ ؛
جوجارز (دروس مازو) بند ٤١٩ .

وحسنا فعل المشرع أن لم يقيم وزنا لهذه الحجج التي يمكن تنفيذها بسهولة . فأورد النص سابق الذكر . قاطعا في امكان التعويض عن الضرر الأدبي . وان كان صدى هذه الاعتبارات يبدو — للأسف — أنه كان لا يزال يترك أثره لدى واضعي النص فأوردوه متواضعا حين قصروا الحق في التعويض عن الضرر الأدبي . الذي يتمثل في ألم المعاناة النفسية من موت العزيز : على زوج هذا الأخير وأقاربه حتى الدرجة الثانية دون غيرهم ^(١) . وحين لم يجيزوا كذلك انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير « الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق : أو طالب الدائن به أمام القضاء » ^(٢) . وهي قيود منتقدة في حقيقة الأمر . وان لم يكن في هذا الموضع تفاصيل نقدها : فنحيل في ذلك الى الموضع الخاص بدراسة ركن الضرر في المسؤولية المدنية .

٦٣ — هذا ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصا مماثلا للمادة ٢٢٢ مدنى مصرى : الا أن من المسلم به في الفقه والقضاء الفرنسيين ^(٣) امكان الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الأدبي . بل ان

(١) وفي فرنسا — حيث لا يوجد نص مماثل — يستخلص من أحد احكام الدائرة الجنائية بمحكمة النقض : أن جواز التعويض عن الألم المعنوى لا يقتصر على حالة الموت . وانما يمكن أن يمتد الى ما هو أدنى من ذلك ، كما هو الحال مثلا في الاصابة بعاهة مستديمة . انظر حكمها في ١٩٨٣/٤/١١ (د . ١٩٨٣ — أ . ر — ١٤٠٠) .

(٢) انظر في تطبيق تخاتى لهذا القيد : نقض مصرى ١٩٧٧/١٢/٢٢ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٢٣ ص ١١٢ .

فاذا كان المضرور قد توفي بعد اقامته دعوى التعويض . قضى بهذا الأخير للتركة ، وقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية . انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/١١/٤ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٥٩ ص ١٣٥٩ .

(٣) اشار لذلك ستارك بند ١١٥ ؛ وانظر أيضا :

CARBONNIER : Le Silence et la gloire. D 1951 - chr : 119

نقض ١٩٥١/٢/٢٧ (د . ١٩٥١ — ٢٢٩ وتعليق ديبوا) ؛ نقض ١٩٥٥/١٠/١٣ (د . ١٩٥٦ — س — ٢٢) ؛ استئناف باريس ١٩٥٧/٤/١ (د . ١٩٥٧ — ٤٣٦ الدعوى ٢) . والفقه والقضاء المشار اليه في الهوامش التالية من هذا البند .

المحاكم قد غالت كثيرا في هذا الاتجاه ^(١) . حتى أنها لم تقتصر على الاعتداد بالألم المعنوي (كضرر أدبي) الناتج عن موت انسان عزيز ، وانما اعتدت بهذا الألم أيضا ولو كان ناشئا عن فقد حيوان ^(٢) .

٦٤ — وليس من شك أن مثل هذا التوسع لا يمكن الأخذ به في مصر . فهو يصطدم بما يستخلص بمفهوم المخالفة من المادة ٢٢٢ مدنى التى تتكلم عن جواز التعويض عن الألم المعنوي في خصوص موت الآدميين ، بل وتحصر دائرة من يستحقون تعويضا عن هذا الألم في طائفة محدودة من الأشخاص . هذا فضلا عما في مجارة هذا التوسع من خطورة ، لما يخشى من أن يقاس على الحيوانات جميع الأشياء غير الحية ^(٣) . ومن المؤكد أنه سيكون من التطرف ^(٤) أن نوغل في هذا التوسع الى هذا المدى .

(١) انظر في التدليل على ذلك :

ESMEIN (P) : La commercialisation du dommage moral.
D. 1954 - chr - 113.

(٢) انظر مثلا : نقض ١٦/١/١٩٦٢ د . ١٩٦٢ - ١٩٩ وتعليق روديه (ج.ك.ب ١٩٦٢ - ٢ - ١٢٥٥٧ وتعليق أسسمان) « في خصوص موت حصان . وانظر أيضا محكمة caen الابتدائية (الاستئنافية) في ٣٠/١٠/١٩٦٢ د . ١٩٦٣ - ٩٢ » في خصوص موت كلب . وقد أسست المحكمة حكمها على أن الكلب هو احسن صديق للانسان .
(٣) ويبدو أن بعض الشراح الفرنسيين يؤيد هذا التوسع . انظر مارتى ورينو بند ٣٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤٢٣ ؛ كما ايده ضمنا جوسران بند ٦٢٩ .

(٤) انظر — مع ذلك — حكم محكمة جنح مارس ، في ٤/١٠/١٩٦٦ (ج.ب ١٩٦٧ - ١ - ٢٩) وقد رفضت فيه أن تقضى بتعويض لصاحب سيارة عن الألم المعنوي الذى أصابه بسبب ما حدث بها من اصابات نتيجة الحادث .

(٥) ان لم نقل « دن الحساسة » . على حد تعبير سنارك . انظر بند ١١٩ . وراجع في محاولة للدفاع عن هذا التوسع بالاستناد الى ان المحاكم كانت تأخذ في اعتبارها في حقيقة الأمر القيمة الشخصية للشيء في نظر صاحبه (المضرور) ، والتي ربما تختلف كثيرا عن قيمته في السوق :

FOULON - PIGANIOL note S 1962 - 281

وراجع في الرد على هذه المحاولة : ستارك بند ١٢٠ .

٦٥ - وفي ضوء الضوابط سابقة التفصيل . تكون لقاضي الموضوع سلطته المطلقة في تقدير التعويض الذي يقضى به للمضرور^(١). لا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض ما دام قد بين عناصر الضرر على نحو سليم . وتظهر هذه السلطة التقديرية بشكل أوضح على الأخص فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الأدبي^(٢) .

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

La clause Pénale

تعريفه .. وتميزه عن غيره :

٦٦ - الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه ، ويأخذ عادة صورة بند أو شرط في عقد ، ومن هنا جاءت تسميته . انما لا يمنع أن يرد في اتفاق لاحق^(٣) . بشرط أن يسبق وقوع الاخلال بالالتزام ،

(١) انظر في هذا المعنى : نقض فرنسي (جنائي) ١٢/١٢/١٩٨٢ (د . ١٩٨٣ - أ . ١٨٢) ؛ وفي مصر : نقض ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٩٥ ص ٥٠٠ ؛ ١٢/٣/١٩٧٥ المجموعة ٢٦ - ١١٥ - ٥٦٨ ؛ ٢١/٢/١٩٧٤ المجموعة ٢٥ - ٦٤ - ٣٨٩ ؛ ١٤/٦/١٩٧٢ المجموعة ٢٤ - ١٦٠ - ٩١٩ ؛ ٨/٤/١٩٧٢ المجموعة ٢٣ - ١٠٥ - ٦٧٠ ؛ ٨/٦/١٩٧٢ المجموعة ٢٣ - ١٦٨ - ١٠٧٥ ؛ ٢٤/٦/١٩٧١ المجموعة ٢٢ - ١٣٥ - ٨٢٨ .

(٢) في هذا المعنى : كاربونييه بند ٨٩ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ . وفي مصر : رأت محكمة النقض : على سبيل المثال - في إعادة بعض بعض رجال القضاء - الذين كانوا قد عزلوا من ولاية القضاء في ظروف معينة - الى عملهم ، تعويضا مناسباً لهم عما أصابهم من ضرر أدبي بسبب هذا العزل . انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦ ص ٢٣ ؛ ٥/٦/١٩٧٥ المجموعة ٢٦ - ١٥ - ٥٥ ؛ ١٢/٢٥/١٩٧٥ المجموعة ٢٦ - ٢٦ - ٩٤ .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٣ مدني . وبالمقابلة فانه اذا ما ورد العقد النهائي خلوا من النص على الشرط الجزائي الذي كان قد سبق أن ضمنه المتعاقدان مثلاً عقد البيع الابتدائي ، فان ذلك يدل - والفرض أن عقد البيع النهائي هو قانون المتعاقدين - انهما قد تخليا عن هذا الشرط . انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٠/٣/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ٨٢ ص ٥١٣ .

والا كان صلحا وانطبقت عليه أحكام الصلح ^(١) .

٦٧ — وفي الأعم الأغلب يحدد هذا الشرط الجزائي بمبلغ من النقود ^(٢) . لكن ليس ما يمنع — وهو لا يعدو كما قدمنا أن يكون اتفاقا مسبقا على تقدير التعويض — أن يتمثل في شيء آخر ، طالما ارتضى الطرفان ، وبصفة خاصة الدائن ، ذلك ^(٣) .

٦٨ — ولا صلة بين الشرط الجزائي والعربون ، حين تكون دلالة هذا الأخير تأكيد انعقاد العقد واحتساب مبلغه كمقدمة أو جزء من المقابل . غير أنه يفترق عنه حتى في حالة ما اذا كانت دلالاته تخويل أى من المتعاقدين الحق في العدول مقابل مبلغ العربون وذلك لاختلاف كل منهما في طبيعته وأساسه .

فالعربون ثمن محدد للعدول لا يقبل التعديل ويلتزم بدفعه من يريد هذا العدول دون ما نظر الى قدر الضرر الذى ترتب عليه . ولا يعد بعدوله هذا مخطئا . حين أن الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض ، يواجه مدينا مخطئا ، ويقتأثر الى حد كبير بقدر الضرر الذى لحق بالدائن .

(١) انظر في دراسة تاريخية للشرط الجزائي في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم :

BOCCARA (B) : La reforme de la clause pénal j.c.p. 1975 - 1 - doct - 2742 No. 13 , 14

(٢) وقد رأت محكمة النقض المصرية في الاتفاق ، في شروط المزايدة ، على حق وزارة التموين في مصادرة النامين ، والتزام الراسى عليه المزااد بأجرة التخزين والمصاريف الادارية ، والفوائد عند اخلاله بالتزامه ، ما يعد من قبيل الشرط الجزائي الذى يتضمن تقديرا اتفاهيا للتعويض ، يجسوز تخفيضه طبقا للمادة ٢٢٤ مدنى . انظر نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٢٤ ص ٧٦٧ .

(٣) ويمثل لذلك بعض الشراح بمؤجر الارض الزراعية الذى يشترط على مستأجرها أن يخليها في وقت محدد والا صارت المزروعات الموجودة بها ملكا للمؤجر ، تعويضا عن عدم تنفيذ الاتفاق على الاخلاء في موعده . انظر د. جميل الشرقاوي بقد ٢٠ .

خصائص الشرط الجزائي :

٦٩ — ويتميز الشرط الجزائي بالخصائص التالية :

١ — أنه التزام تابع للالتزام أصلي . ما دام قوامه تعويضا
اتفاقيا عن اخلال بتنفيذ التزام كان — أى هذا الالتزام — هو
المقصد الأساسى للمتعاقدين . وهو بحكم تبعيته لهذا الالتزام الأصلى
يزول بزواله ويتصف بأوصافه . فإذا كان الالتزام الأصلى باطلا
أو حكم بإبطاله (١) أو بفسخه (٢) . أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .
سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائى . كما أن جميع ما يلحق
الالتزام الأصلى من أوصاف : كشرط وأجل وتضامن : يلحق
— بالتبعية — الشرط الجزائى .

٢ — أنه التزام احتياطى . ما دام لا يعدو أن يكون نوعا
من التنفيذ بمقابل يظل معه الالتزام الأصلى عاديا لا يتحول الى
تخيري ولا بدلى (٣) . فمما دام أن التنفيذ العينى للالتزام الأصلى
ممكنا فلا يستطيع أى من الطرفين أن يختار بدلا منه التنفيذ بمقابل
عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائى . كما أن المدين — فى نفس الفرض —
لا يمكنه أن يستبدل بالتنفيذ العينى دفع قيمة هذا التعويض الاتفاقى .
٣ — أنه مجرد تقدير جزائى للتعويض لا أكثر (٤) . فهو وإن كان

(١) فى هذا المعنى نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٣/٧/٢٠ د ١٩٨٤ .
— ٤٢٢ وتعليق أوبر () .

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠١
ص ١٠٢٠ . وقد جاء فيه أن الشرط الجزائى هو التزام تابع للالتزام
الأصلى ، وإن القضاء بفسخ العقد المتضمن للشرط يترتب عليه عدم
الاعتداد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، ومن ثم فإن عبء اثبات الضرر فى
هذه الحالة يكون على عاتق الدائن .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢١١٨ .

(٤) لكن ذلك لا يخل بأن هذا التقدير الجزائى يؤدى ديا عام فى التأثير
من الأحيان كوسيلة للضغط على المدين حيث يمتثل عادة لتنفيذ التزامه
ولا بتأخر فى ذلك خشية توقيع هذا الجزاء عليه . ومن هذه الزاوية يقترب
الشرط الجزائى من الغرامة التهديدية ، ولذلك يسميه البعض فى هذا
الفرض « الغرامة التهديدية الاتفاقية » *L'astreinte conventionnelle*
انظر ستارك بند ٢١١٤ .

(م ٥ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

اتفاقا يتعلق بالمسئولية : الا أنه ليس سببها (١) . ومن ثم يتعين توافر جميع أركان هذه المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية (٢) . يضاف اليها شرط الاعذار الذي تقتضيه القواعد العامة كمقدمة لاستحقاق التعويض (٣) . اللهم الا اذا كان الطرفان قد اتفقا — ولو ضمنيا — على الاعفاء منه (٤) . على أن يلاحظ ما سبق أن أشرنا اليه من أن مجرد تضمين العقد شرطا جزائيا لا يفيد بذاته معنى اتجاه ارادتي الطرفين الضمنية الى الاعفاء من الاعذار . ولا تبدو من خصوصية للشرط الجزائي الا فيما يتعلق بعنصر الضرر : فاذا كانت القواعد العامة في المسئولية تستوجب توافر هذا العنصر ، وتوجب على الدائن الذي يطالب بالتعويض أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه قد ألحق به ضررا ، فان تدخل الشرط الجزائي ينقل عبء الاثبات ، اذ يفترض معه أن اخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن هذا الضرر ، حين يتعين على المدين اذا شاء التخلص من التعويض أن يثبت العكس (٥) . (م ٢٢٤ مدني) .

(١) في هذا المعنى د. محمود جمال الدين زكي بند ٢٨٧ .
(٢) ويترتب على ذلك بصفة خاصة ، أنه اذا كان المدين قد استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه . فان الشرط الجزائي لا يمكن أن يطبق عليه . في هذا المعنى ستارك بند ٢١١٦ ؛ ديبوا وجوديميه ص ٣٨٦ (وان كانا يستدركان على ذلك بالقول : اللهم الا اذا فسر الشرط الجزائي في معنى أنه يتضمن من جانب المدين قصد أن يتحمل المسئولية عن الحوادث المفاجئة) .

(٣) في هذا المعنى ستارك بند ٢١١٧ . وانظر أيضا استئناف جرينوبل ١٩٦٧/٥/٢٩ (ج.ك.ب. ١٩٦٨ — ٤ — ٣٢) .

(٤) انظر في تطبيق لذلك : نقض فرنسي ١٩٧١/١/٢٢ (ج.ك.ب. ١٩٧١ — ٤ — ٤٩) ، نقض فرنسي ١٩٦٩/٣/٧ (ج.ك.ب. ١٩٧٠ — ٢ — ١٦٤٦١ وتعلق بريور) .

(٥) وتعبيرا عن هذا المعنى . جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ان « مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أنه متى وجد شرط جزائي في العقد ، فان تحققه يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن يابثاته ، وانما يقع على المدين عبء اثبات أن الضرر لم يقع . . » . نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٠٠ ص ٥٠٨ ؛ وفي نفس المعنى : نقض ١٩٦٧/١١/١٤ المجموعة ١٨ — ٢٥٣ — ١٦٧٦ ، ١٩٧٤/١٢/١٢ المجموعة ٢٥ — ٢٤٢ — =

سلطة القاضي ازاء الشرط الجزائي (١) :

٧٠ — قلنا أن الشرط الجزائي هو تقدير مسبق للتعويض .
الأمر الذي يستوجب أن تكون قيمته متناسبة مع الضرر ، والا كانت له
وظيفة أخرى تتجاوز مجرد تقدير هذا التعويض فاذا كان المبلغ
المحدد به يفوق بكثير قدر الضرر ، كان هذا الشرط من قبيل التهديد
المالي (٢) وانسحب عليه حكمه . وان كان — على العكس — يقل
بكثير عن قدر الضرر . كان في الواقع يخفى اتفاقا على الاعفاء من
المسؤولية أو التخفيف منها ، ووجب إخضاعه لأحكام هذا الاتفاق .

واختلاف وظيفة الشرط الجزائي بحسب مدى تناسبه مع قدر
الضرر تنعكس — في الواقع — على سلطة القاضي ازاء هذا الشرط :
فالأصل : أن يحكم القاضي بالمبلغ الذي اتفق عليه الطرفان كشرط جزائي (٣)

= ١٤٢٧ ، ١٨/١٢/١٩٧٣ المجموعة ٢٤ — ٢٢١ — ١٢٧٤ ، ٢١/٤/١٩٧٣
المجموعة ٢٤ — ١١٥ — ٦٤٩ . فاذا اثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر فان
الشرط الجزائي لا يستحق . انظر في تطبيق ذلك : نقض ١٩٧٥/١٢/٣١
المجموعة ٢٦ — ٣٢٨ — ١٧٥٧ .
(١) انظر في هذا الموضوع :

ALFANDARI (E) : le controle des clouse pénales par le juge
j.c.p. 1971 - 1 - dort - 2395.

(٢) في هذا المعنى : كاربونيه بند ٧٨ .
(٣) وهذا الأصل ، كان قاعدة لا تقبل الاستثناء في المادة ١١٥٢ من
المجموعة المدنية الفرنسية التي كانت تقضى بأنه اذا اتفق على شرط جزائي
لاخلال المدين بتنفيذ التزامه « فانه لا يجوز أن يقضى بأزيد من ذلك ولا بأقل » .
وكانت المحاكم من ثم تلتزم بهذه القاعدة (انظر مثلا : نقض (عرائض)
١٩٣٣/٦/٢٦ د.ا . ١٩٣٣ — ٤٤٣ ؛ نقض (تجاري) ١٩٦٧/١١/٢
ر.ت ١٩٦٩ ص ١١٦ وملاحظة شيفالييه) . كما رأى فيها الفقه تطبيقا لمبدأ
العقد شريعة المتعاقدين . وان كان بعضه قد رأى أن الحل الأكثر عدالة
هو جواز تخفيض هذا الشرط اذا كان مبالغا فيه (في هذا المعنى : كولان
وكابيتان ودي لاموراندير بند ١٠٨ ؛ بوتيه ، اشر الى شاباس مقال ١٩٧٦
ص ٢٣٠ عمود ١) . ثم تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يولية ١٩٧٥
فأضاف الى النص السابق فقرة ثانية تجيز للقاضي أن يتدخل في الشرط
الجزائي بتخفيضه أو بزيادته ، اذا كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة ، أو زهيدا
بشكل واضح . كما عدل بنفس القانون ، المادة ١٢٣١ ، بحيث أصبح
يجوز للقاضي — في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام — أن ينقص المبلغ المتفق
عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي . وأبطل ،
في كل من النصين ، أي اتفاق مخالف لهما .

ما دام هذا المبلغ متناسبا مع الضرر ، ولا يجوز له — في هذه الحدود — أن يراجع تقدير الطرفين ، والفرض أنهما قصد قصدا بالشرط الجزائي استبعاد سلطته التقديرية .

٧١ — غير أنه يجوز ^(١) للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين :

١ — إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه . ذلك لأنه — فضلا عن اعتبارات العدالة — فإن الأعمال الصحيح لارادة المتعاقدين ، والفرض أنهما قصد حددا قيمة الشرط الجزائي ليواجه فرض عدم التنفيذ كلية . يقتضي أن يخفض القاضي الشرط الجزائي . وذلك بنسبة ما نفذ من الالتزام ^(٢) (م ٢٤٤ / ٢) .

٢ — إذا أثبت المدين ^(٣) أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي

(١) فسلطة القاضي في التدخل جوازية . وذلك بصريح نص المادة ٢٢٤ — ٢ مدنى مصرى . ونفس الأمر أيضا في القانون الفرنسى . حتى بعد أن عدل المشرع المادة ١١٥٢ — ٢ مدنى بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ . انظر في هذا المعنى :

CHABAS (F) : La reforme de la clause pénale (L. No. 75 - 597 du 9 juill. 1975). D 1976 - chr - 229 spéc p. 234 col. 1.

بوكارا ، مقال (ج.ك.ب) ١٩٧٥ سابق الإشارة بند ٣٣ .

(٢) وفي تطبيقها للمادة ١٢٣١ (المقابلة للمادة ٢٢٤ — ٢ مدنى مصرى . والتي تواجه نفس الفرض ، كما انبأ أيضا نصا أمرا ، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الموضوع لا يمكنها أن تطبق هذه المادة ، إذا كان الطرفان بنفسيهما قد واجها تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام . (نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ د. ١٩٨١ — ٢٣٥ وتعليل) شاباس) .

ونعتقد ، من جانبنا — أن هذا القول ، على إطلاقه ، محل نظر . فهو لا يصح ، فيما نعتقد ، إلا إذا كان التقدير الاتفاقى للتخفيض بما يتناسب فعلا وما نفذ من الالتزام . والا فإذا كان الباقي من قيمة الشرط الجزائي لا يزال — بالمقارنة بما تبقى من الالتزام لم ينفذ — مبالغا فيه لدرجة كبيرة . فإن للقاضي بناء على طلب المدين ، أن يتدخل لتخفيض الباقي من قيمة الشرط الجزائي بما يجعله متناسبا مع ما يصيب الدائن من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الجزء الباقي من الالتزام .

(٣) في هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة ٣١ — ١٠٠ —

٥٠٨ : ١٩٧٥/١٢/٣١ المجموعة ٢٦ — ٣٢٨ — ١٧٥٧ : ١٩٧٣/٤/٢١

المجموعة ٢١ — ١١٥ — ٦٤٩ .

كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة (م ٢٢٤ : ٢) • فخرج الشرط بهذا الشكل من وظيفته وأصبح من قبيل التهديد المالى : فعندئذ يجوز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى ليعيد التناسب بين الضرر ومبلغ التعويض^(١) . ولكن لا يحسب له أن يلغى الشرط الجزائى كلية : ويعطل بذلك اتفاق الطرفين : بأن يحكم التعادل بين هذا وذاك ، فيجعل التعويض مساويا تماما للضرر^(٢) • وسلطة القاضى فى هذا الشأن تفرضها بنص آمر • المادة ٢٢٤ مدنى • بما يجعل كل اتفاق على ما يخالف ذلك باطلا (م ٣/٢٢٤) •

٧٢ — وتجدر الاشارة فى هذا الموضع • الى أن المتعاقدين قد يعطيا للاتفاق الحقيقى على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود • صيغة الشرط الجزائى • ولما كان القانون • كما سنرى فيما بعد : قد وضع حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧٪ من أصل الدين ؛ فان ما أسمى شرطا جزائيا فى هذه الحالة • لابد أن يخضع لهذا القيد^(٣) • ومن باب أولى ، لا يستطيع الدائن أن يطالب — فوق ما اعتبر شرطا جزائيا — بالفوائد القانونية عن المبالغ التى تأخر المدين فى سدادها^(٤) •

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه الرخصة (بعد قانون ٩ يولية ١٩٧٥) : انظر : نقض فرنسى ١٩٨٣/٢/٩ (د . ١٧ مارس ١٩٨٣) *Flasf D.* رقم ١١) ؛ نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د . ١٩٨١) ٢٣٥ وتعليق شاباس) ؛ نقض (تجارى) ١٩٧٩/١٠/٢ (د . ١٩٨٠) — أ.ر — ٢٩ ؛ نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ (د . ١٩٧٨) ٣٤٩ : نقض ١٩٧٨/١/٢٠ (د . ١٩٧٨) — أ.ر — ٢٢٩ •

(٢) ومن باب أولى : يكون حكمه خاطئا اذا هبط بقيمة الشرط الجزائى لمسا دون الضرر الذى أصاب الدائن • انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٢/٢/٣ (د . ١٩٨٢) — أ.ر — ٢٤٠ •

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٣١ المجموعة ٢٩ — ١٦١ — ٨٢١ ؛ نقض ١٩٧٨/٣/٢١ المجموعة ٢٩ — ١٦١ — ١٢١ ؛ وفى القضاء الفرنسى : استئناف باريس ١٩٥٣/٥/٢٢ حكم غير منشور أشار اليه H.B. فى تعليق بـ (ج . ك . ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٣٣٤) • محكمة جنح دانرك ١٩٦٣/١/٢٥ (د . ١٩٦٣ — س — ٧٦) ؛ محكمة البين التجارية ١٩٦٧/١٠/٢٤ (ج . ك . ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٤٥٠) • (٤) فى هذا المعنى : ستارك ص ٦٢٨ هامش ٥٨ •

٧٣ — أما اذا تبين على العكس ، أن اخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن ضررا يفوق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه سلفا ؛ فان الأصل ، في هذا الفرض ؛ أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ؛ اذ يعتبر الشرط ، في هذه الحالة ، في حكم الاتفاق على التخفيف من مسؤولية المدين العقدية ؛ ومثل هذا الاتفاق . بل والاتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية كلية ، يقع من حيث الأصل صحيحا .

لكن اذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما أدى الى مجاوزة الضرر الذي أصابه قيمة الشرط الجزائي ، جاز له — والفرض أن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية في هذه الحالة يقع باطلا — أن يطالب بزيادة هذه القيمة لما يجعلها تعادل الضرر الذي أصابه . وعلى ذلك صريح نص المادة ٢٢٥ مدنى .

٧٤ — أما في فرنسا . فلم يشترط المشرع — في التعديل الذى أدخله على المادة ١١٥٢ (بقانون ٩ يولية ١٩٧٥) — لامكان زيادة الشرط الجزائي ، أن يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما . وانما جعل للقاضي سلطة التدخل بهذه الزيادة اذا كان الشرط الجزائي زهيدا (أو تافها) بشكل واضح . وفي تفسير هذا التعديل يرى البعض أنه لا يكفى أن تكون قيمة الشرط الجزائي قليلة حتى يجوز للقاضي أن يتدخل بالزيادة ، بل ولا حتى قليلة جدا ، وانما يلزم أن تكون شبه معدومة (١). (٢) .

(١) انظر شاباس مقال (د ١٩٧٦) سابق الاشارة ص ٢٣٤ عمود ٢ .

(٢) انظر في تفاصيل التعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ على أحكام الشرط الجزائي : شاباس ، المقال سابق الاشارة ؛ بوكارا مقال (ج.ك.ب ١٩٧٥) سابق الاشارة ؛ وانظر ، من بين المحاولات التى مهدت لهذا التعديل ، محاولة :

BOCCARA (B) : La liquidation de la clause pénale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil j.c.p. 1970 - 1 - doct - 2294.

المطلب الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

Les intérêts

نوعا الفوائد (الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية) :

٧٥ — قد يكون محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود :
ويتأخر في الوفاء بهذا الالتزام : بما يجعله مخطئا خطأ يجعل من حق الدائن أن يحصل على تعويض عنه . ولما كان هذا التعويض سيكون بدوره — مبلغا من النقود أيضا : فان تحديده : لذلك : انما يتم على أساس نسبة مئوية من المبلغ محل التزام المدين . وتعرف هذه النسبة في الاصلاح بالفوائد . وتسمى هذه الأخيرة . في هذا الفرض :
وتعبيرا عن دورها التعويضي سابق الإشارة . بفوائد التأخير (أو الفوائد التأخيرية) .

٧٦ — ويقابل هذا النوع من الفوائد ما يمكن أن نسميه بالفوائد الاستثمارية . وهي بدورها نسبة مئوية من أصل دين نقدي ، ولتنها .
على العكس تماما من الأولى ، لا صلة لها بفكرة التعويض . فهي تمثل : في الواقع : مقابلا يرتضى المدين مقدما أن يدفعه للدائن نظير انتفاعه . وخلال أجل معين ، بمبلغ من النقود يكون في ذمته لهذا الدائن . ومثالها الفوائد التي يلتزم المقترض بدفعها للمقرض حين حلول الأجل المتفق عليه لسداد القرض ، أو الفوائد التي يلتزم المشتري — بثمن مؤجل — بدفعها للبائع : ... وهكذا .

وواضح هنا أن انتفاع المدين بالأجل هو حق له : مصدره الاتفاق ، بما يعنى أن موقفه حتى حلول هذا الأجل لا ينطوى على أى خطأ : وأن ما يستحقه الدائن من فائدة ليس الا مقابلا لما منحه للمدين من أجل . بما يجعل — بالقالى — من غير الدقيق تسمية البعض لهذا

النوع من الفوائد ، بالفوائد « التعويضية » (١) .

طريقتا تحديد الفوائد :

(١) التحديد الاتفاقي .

٧٧ — وبديهي أن يكون بإمكان الطرفين — أخذاً بمبدأ سلطان الارادة — أن يحددا باتفاقهما المسبق نسبة الفائدة التي تستحق للدائن ، تأخيرية هذه الفائدة أو استثمارية . غير أن خشية المغالاة في التقدير قد دفعت المشرع — وكراهية منه للربا — الى تحديد حد أقصى لا يجوز أن يتعداه تقدير الطرفين ، وهو نسبة ٧٪ من أصل الدين ؛ والا وجب تخفيض سعر الفائدة المتفق عليه الى هذا الحد « وتعين رد ما دفع زائداً عن هذا القدر » ؛ وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ مدني . هذا النص الذي يعتبر — من حيث ما قضى به من جزاء — من أبرز تطبيقات نظرية انتقاص العقد (أو قصر البطلان) ما دام أنه لا يترتب على مجاوزة هذا الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله ، وانما انقاص الفوائد الى الحد الجائز قانوناً .

هذا واحكاماً للرقابة على عدم مجاوزة هذا الحد الأقصى ولو بشكل مستتر قضت الفقرة الثانية من نفس النص بأنه : « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة

(١) أطلق هذه التسمية على هذا النوع من الفوائد : د. عبد الرزاق السنهوري بند ٥٠٢ ؛ د. سمير تناغو بند ٣٠٨ ؛ ويسميتها فائدة استثمارية : د. أنور سلطان بند ٧٨ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٣٢ ؛ ويسميتها فوائد عوضية (أي عوضاً أو مقابلاً للأجل) : د. اسماعيل غانم بند ٥١ ؛ د. جمال زكي بند ٣٩١ ، ويفضل تسميتها بـ « فوائد مقابل الانتفاع » د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٦١ ؛ ويفضل تسميتها بفائدة الاستثمار د. البدرأوى بند ٦٧ .

حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة « (١) .

(ب) التحديد القانوني :

٧٨ — ويقصد به تحديد المشرع نفسه لسعر الفائدة التي قد تستحق للدائن . وينحصر هذا الفرض في فوائد التأخير وحدها ؛ اذ لا يعقل — اذا كان الدائن بنفسه لم يقبل الربا وارضى من ثم أن يمنح المدين أجلا للانتفاع بالمبلغ النقدي دون مقابل — أن يفرض المشرع على المدين هذا المقابل . ومن ثم فإن الفوائد الاستثمارية لا تكون دائما الا فوائد اتفاقية .

وحتى في خصوص فوائد التأخير ، فإن التحديد القانوني لسعرها يفترض عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذا السعر . والا طبق هذا الاتفاق ما دام أنه لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا وهو ٧٪ . بما يعنى أن هذا النوع من الفوائد قد يكون اتفاقيا . وقد يكون قانونيا . هذا السعر القانوني حدده المشرع ؛ في المادة ٢٢٦ مدني بـ « أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية » (٢) .

وقد يثور في الذهن تساؤل عن المبرر الذي يدعوا المشرع الى أن يحدد بنفسه نسبة ما يمكن أن يستحق للدائنين من فوائد التأخير ؛ وعدم ترك هذا التحديد للقاضي الذي يرفع أمامه الدائن دعوى المطالبة بهذا النوع من الفوائد ، والفرض كما ذكرنا أنها لا تعدو أن تكون تعويضا عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه .

(١) اما اذا كان يقابلها خدمة حقيقية . فإنه يجوز الجمع بينها والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعها عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة ، انظر في هذا المعنى ، وفي تطبيق لهذا الفرض : نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص ١٣٤٥ .

(٢) على ان يلاحظ ان المشرع قد اياح للبنك المركزي ان يحدد سعر الفائدة التي تتعامل بها البنوك ، دون مراعاة لاية قيود تشريعية على هذه الأخيرة . اشارة لذلك : د. برهام محمد عطيا الله اناسيات نظرية الالتزام ١٩٨٢ ص ١٥٠ .

الحقيقة — وكما أشار البعض — أن ذلك يرجع الى خصوصية النقود من حيث تفاوت مدى امكان الاستفادة منها تفاوتاً شديداً بين شخص وآخر . وبالتالي تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على تأخير الوفاء بها من دائن لآخر . ولو أجيّز لكل دائن أن يتمسك بالضرر الشخصى الذى أصابه من جراء هذا التأخير : لأدى ذلك الى تعقيدات يصعب على القضاء حسمها (١) . فرأى المشرع أن يقلل عن القضاء عناء هذه التعقيدات : فحدد بنفسه نسب هذه الفوائد .

٧٩ — ويجرى الفقه المصرى ، فى عمومته ، على رأى للدكتور السنهورى ، فى أن العبرة ، فى الصفة المدنية أو التجارية هى بالمدين (٢) . لا بالدائن ولا بطبيعة العلاقة القانونية (٣) .

وهذا الاتجاه الغالب يدعو الى الدهشة فى حقيقة الأمر . ذلك أنه اذا كان ولا بد من أن نحيد عن عبارة نص المادة ٢٢٦ ، ولا نفسير لفظة « المسائل » المدنية و « المسائل » التجارية الواردة فيه فى معنى طبيعة العلاقة القانونية . فقد يكون الأكثر منطقية ، فى تقديرنا ، أن تكون العبرة فى هذا الشأن بالدائن ، فذلك هو ما ينسجم وطبيعة الفوائد التأخيرية بحسبانها من قبيل التعويض . تلك الطبيعة التى أفصح عنها صريح هذا النص نفسه . ومن المسلم به أن التعويض انما يقدر

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١١٢ ؛ ستارك بند ٢٠٩١ ؛ وقرب د. الصدة بند ٣٩ .

(٢) انظر : د. عبد الرزاق السنهورى بند ٥١٢ ؛ وفى نفس الاتجاه : د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ١١٦ ؛ ١٩٦١ بند ٦٤٥ ؛ د. عبد الباقي بند ٦٩ ؛ د. محمود جمال الدين زكى بند ٣٩٣ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٣٥ ؛ د. سمير تناغو بند ٣٠٧ .

(٣) وانظر مع ذلك د. محمد كامل مرسى (العقود المسماة ١٩٤٩ ص ٣٢٧) ، حيث يرى أن المعول عليه هو طبيعة العمل الذى استخدم فيه مبلغ الدين ، تجارياً أو مدنياً ، بشرط علم الدائن به ، والا فيفترض فى الدين أنه تجارى ما دام المدين تاجراً .

(٤) وظاهر عبارات بعض الشراح أنه يعول على طبيعة العلاقة القانونية ، أنظر د. برهام عطا الله ص ١٥٠ ؛ كما يبدو ذلك أيضاً من ظاهر حكم لمحكمة النقض المصرية وان لم يقطع فى هذا المعنى : انظر نقض ١٩٧٩/٤/١١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ .

بقدر الضرر • والدائن التاجر يصيبه — عادة — من جراء تأخر حصوله على المبالغ النقدية ضررا أكبر مما يصيب — في العادة — الدائن غير التاجر •

وقول بعض الشراح أن التحديد القانوني لسعر فوائد التأخير بالنسب سابقة الإشارة إنما هو من قبيل التقدير الجزافي الذي « خرج به المشرع على القواعد العامة التي تقضى بأن يكون التعويض مساويا للضرر »^(١) هو قول يعوزه الدليل ؛ إذ المشرع لم يفصح — حقيقة — في معنى هذا الخروج •

صحيح أن الميل الى جانب المدين هو الروح التي تسود أحكام المجموعة المدنية في مجموعها ، لكن هذا الاعتبار لا يكفي وحده لتخريج حل يصطدم ومبدأ أساسى من المبادئ المسلم بها في هذه المجموعة نفسها • وعلى أية حال ، فإنه يحسن لو أعاد المشرع صياغة هذه المادة لتكون أكثر وضوحا في المعنى الذى يقصده منها في هذا الخصوص^(٢) •

القيود التى تحدد من استحقاق الفوائد بنوعيتها :

٨ • — هذا ولم يكتف المشرع بحد أقصى يجب ألا يتجاوزه سعر الفائدة الاتفاقية بنوعيتها (تأخيرية أو استثمارية) وهو ٧٪ ، وإنما تمشيا مع اتجاهه في التكرار للربا ، قد فرض على استحقاق الفوائد قيدين آخرين ضمنهما المادة ٢٣٢ حين قضت بأن « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال » •

(١) د. عبد الودود يحيى بنيد ٣٥ •

(٢) هذا ولا يتناقض ما نقول به ، مع ما سبق أن أيدناه من مبرر تحديد المشرع بنفسه لسعر فائدة التأخير الاتفاقية (حيث تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على التأخير من دائن لآخر) . إذ يمكن القول بأن المشرع قصد أن يحدد نسبة ٥٪ بالنسبة لكل دائن تاجر ، ونسبة ٤٪ بالنسبة لكل دائن غير تاجر •

٥ وهكذا حرم الشارع الربح المركب من ناحية . وجعل أقصى ما يمكن أن يحصل عليه الدائن من فوائد — من ناحية أخرى — هو المبلغ الذى يعادل رأس ماله (١) . غير أن النص السابق قد استثنى من هذا الحظر بنوعيه ما تقتضى به القواعد والعادات التجارية حيث يجوز — عندئذ — الربح المركب وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، كما هو الحال — مثلا — فى الحساب الجارى (٢) .

٨١ — كذلك يقف — فى مادة البيع الجبرى — سريان الفوائد على المدين من تاريخ رسو المزاد وذلك اعمالا لما تقتضى به المادة ٢٣٠ من أنه « عند توزيع ثمن الشيء الذى بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقرر لهم فى هذا التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها . على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء » .

ويهدف هذا القيد الأخير — كما ورد فى المذكرة الايضاحية — الى العدل بحقوق المدين من ناحية والى المساواة بين الدائنين فى مواجهة الراسى عليه المزاد من ناحية أخرى ، فلولا هذا القيد لتحمل المدين تبعه البطء فى اجراءات التوزيع بتراكم الفوائد عليه مع أنه غير مسئول عن هذا البطء . ولولاه أيضا لأضير الدائنون العاديون أو المقيدون المتأخرون فى الترتيب بالنظر الى أن استمرار سريان الفوائد عن حقوق الدائنين المقيدين السابقين فى الترتيب طيلة المدة التى تستغرقها

(١) وتنظر محكمة النقض — بحق — الى هذا الحكم بحسبانه متعلقا بالنظام العام . انظر حكمها فى ١٩٧٤/٣/٢٨ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٩٧ ص ٦٠٢ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ .

اجراءات التوزيع سوف يترتب عليه أن تتضخم نسبة ما يستحقونه في قسمة الغرماء للثمن الذي رسا به المزاد وذلك على حساب الدائنين العاديين أو التاليين في الترتيب ، الذين سوف تنقص — بالمقابلة — نسبة ما يستحقونه أو حتى لن يتبقى لهم شيئا .

شروط استحقاق فوائد التأخير :

مسألة أولية : استبعاد شرط اثبات الضرر :

٨٢ — تفترض فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود وذلك بصرف النظر عن مصدره . فإذا ما تحقق هذا الفرض فإنه لا يشترط لاستحقاق هذه الفوائد ثبوت ضرر يلحق الدائن من جراء تأخر المدين في سداد هذا المبلغ . وعلى هذا يجري صراحة نص المادة ٢٢٨ التي تقضى بأنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » (١) ويجد هذا الاستبعاد تبريره في خصوصيات الالتزام بمبلغ من النقود حيث يفترض دائما أن يصيب الدائن ضررا من جراء تأخر المدين في السداد ، ان لم يكن في خسارة لحقته فعلى الأقل في كسب ضاع عليه هو مقابل استثمار هذا المبلغ . غير أن افتراض الضرر في فوائد التأخير الاتفاقية لا يجعلها — مع ذلك — مجرد تطبيق محض لفكرة الشرط الجزائي ، لأن افتراض الضرر في هذا النظام الأخير افتراضا يقبل اثبات العكس حيث يكون بإمكان المدين أن يتحلى من دفع قيمة الشرط الجزائي اذا استطاع أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضررا من جراء التأخر في تنفيذ الالتزام ، حين أن افتراض الضرر في فوائد التأخير الاتفاقية هو — بالمقابلة — افتراض لا يقبل اثبات العكس (٢) .

٨٣ — فإذا ما كان استبعاد شرط اثبات الضرر على نحو ماتقدم ، فإنه يمكن تلخيص شروط استحقاق فوائد التأخير على النحو التالي :

(١) ويجرى على نفس النسق نص المادة ١١٥٣ فترة ٢ مدني فرنسي (المعدلة بقانون ٧ يناير ١٩٥٩) .
(٢) في هذا المعنى . د. السنهوري بند ٥٠٦ .

١ — المطالبة القضائية بالفوائد :

٨٤ — تشترط المادة ٢٢٦ مدنى لاستحقاق الدائن لفوائد التأخير ، رفع دعوى للمطالبة القضائية بها . ولا تسرى هذه الفوائد الا من تاريخ هذه المطالبة . وفي هذا الشرط خروج على القواعد العامة التى تجعل المدين مسئولاً عن التأخير من تاريخ اعداره (١) . وينطلق هذا الخروج من كراهة المشرع لفكرة الربا . ولا يكفى فى هذا الشأن أن يطالب الدائن بأصل الدين ، أو بعبارة أخرى بتنفيذ الالتزام . فالفوائد لا تسرى الا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات .

ويتفرع على هذا الشرط أن فوائد التأخير لا تستحق للدائن اذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، أو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة ، أو كان قد اعترض سريان الخصومة ترك أو سقوط ، أو كانت قد انقضت بالتقادم . ذلك أن صحيفة الدعوى فى هذه الأحوال وان قامت مقام الاعذار ، الا أن هذا الأخير — كما سبق أن ذكرنا — غير كاف لاستحقاق فوائد التأخير .

ويثور فى الذهن تساؤل عن الحكم فيما لو كان الدائن لم يطلب فى عريضة دعواه الا أصل الدين وحده دون فوائده . فهل يجوز له أن يطلب أثناء نظر الدعوى الفوائد بدءاً من وقت رفعها ؟ . البعض فى الفقه يجيز له ذلك (٢) ، فيما يستخلص من حكم لمحكمة النقض المصرية أنها لا تأخذ بوجهة النظر هذه ، فقد قضت فى فرض تعديل المدعى لطلباته التى كان قد ضمنها صحيفة افتتاح الدعوى ، بأن الفوائد تسرى من تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للمبلغ المطالب به فى صحيفة افتتاحها ،

(١) ويخالف القانون المصرى فى هذا الشرط ، القانون المدنى الفرنسى الذى يجمع فوائد التأخير تسرى من يوم الاعذار (م ١١٥٣ — ٣ معدلة بقانون ١١ يولية ١٩٧٥) . وانظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د . ١٩٨١ — ٣٣٥ وتعليق شاباس) . ويرى بعض الشراح أن استلزام النص سابق الإشارة (قبل تعديله) رفع دعوى قضائية حتى حتى تسرى الفوائد ، لم يكن له من مبرر انظر : دييوا وجوديميه ص ٣٩٠ . (٢) فى هذا المعنى : د . احمد حشمت أبو ستيت بند ٦٠٨ .

واعتبارا من تاريخ تعديل الطلبات فيها بالنسبة لما جاوز هذا المبلغ ^(١) . ونحن ننضم لوجهة النظر الأخيرة . بحسبانها أكثر تمشيا مع الروح العامة التي تسود ما وضعه المشرع من أحكام بخصوص الفوائد ، وهي كراهية الربا .

٨٥ — غير أن نص المادة ٢٢٦ سابقة الإشارة قد استثنى من شرط المطالبة القضائية بالفوائد ، فرض ما لو جرى تحديد تاريخ آخر لسريانها بموجب الاتفاق أو العرف التجارى أو نص القانون .

فيغلب أن يجرى الاتفاق الذى يحدد سعر الفائدة الاتفاقية على أن تستحق هذه الفوائد للدائن من وقت حلول أجل الوفاء بالالتزام . ويجرى العرف التجارى فى الحساب الجارى على استحقاق الفوائد من تاريخ الخصم أو الاضافة . كما أن هناك من النصوص التشريعية ما يحدد وقتا آخر لسريان الفوائد التأخيرية ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٨٠٠/٣ من أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . وما تقضى به المادة ٥٨٨ . من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى : هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢ — إن يكون مبلغ الدين الذى تستحق عنه الفوائد ، معلوم المقدار وقت الطلب :

٨٦ — وليس يقصد بهذا الشرط — الذى يجرى عليه صراحة نص المادة ٢٢٦ مدنى — أن فوائد التأخير لا تسرى الا اذا كان هذا الدين خاليا من النزاع وقت المطالبة القضائية . ولا يعقل أن يكون ذلك هو قصد المشرع ؛ لأن فهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد وهنا بمحض مشيئة المدين ^(٢) ، الذى يكفيه للحيلولة دون سريانها

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ .

(٢) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ د. اسماعيل

غانم بند ٥٦ .

أن ينازع في هذا الدين ، ولو في جزء منه (١) .

كذلك . فإن من غير المنطقي أيضا فهم هذا الشرط في معنى أن الدين يكون معلوم المقدار وقت الطلب لجرد أن الدائن حدد مبلغه في صحيفة دعواه (٢) . ففهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد هذه المرة رهنا بمحض مشيئة الدائن (٣) .

إنما يقصد به ، في الحقيقة ، ضرورة أن تتوافر من الأسس لتحديد مقدار هذا الدين ما لا يبقى معه لقاضي الموضوع سلطة واسعة في التقدير (٤) . وهو . على هذا النحو يكون شرطا مفهوما ومبررا :

(١) ونعبيرا عن هذا المعنى : جاء في حكم لمحكمة النقض ان « المنازعة في المبلغ المطالب به ، كله أو بعضه ، ليس من شأنها اعتبار المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب . واذ كانت منازعة الطاعة في استحقاق المبلغ المطالب به ، وطرح الأمر على لجنة فض المنازعات ، وندب خبير لتحديد المبلغ المستحق ، ليس من شأنها أن يكون المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن الحكم المطعون فيه ، اذ أسند تاريخ استحقاق الفوائد الى يوم المطالبة القضائية ، ملتزما في ذلك حكم المادة ٢٢٦ . . لا يكون مخطئا في تطبيق القانون » . نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ ؛ وانظر أيضا نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧ — ٢٥٧ — ١٣٥٢ .

(٢) وقد فهمه الدكتور السنبوري : على ما يبدو ، في هذا المعنى . واستخلص من ذلك ان هذا الشرط ليست له أهمية عملية لأن « الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به » . انظر بند ٥٠٥ .

(٣) في هذا المعنى د . سليمان مرقس ، ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ان التعويض المستحق للمالك مقابل نزع الملكية المنفعة العامة لا تستحق عنه الفوائد الا من تاريخ الحكم النهائي . ولا يغير من ذلك « تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض » وعرضه على المالك . طالما لم يقبل الأخير هذا التقدير . حكم ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٦٤ ص ١٣٨٧ .

(٤) وقد استقر قضاء محكمة النقض على هذا المفهوم ، فتد جاء في العديد من أحكامها ان « المقصود بمحل الالتزام معلوم المقدار هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة ، لا يكون معها للقضاء سلطة في تقديره » . انظر : نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ ؛ ١٩٧٧/٢/٢٣ المجموعة ٢٨ — ٩٧ — ٥١١ ؛ ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧ — ٢٥٧ — ١٣٥٢ ؛ ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة ٢٧ — ٢٤٠ — ١٨٥٧ ؛ ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة ٢٥ — ٤٨ — ٢٨٥ ؛ ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة ٢١ — ١٢٤ — ٧٦٧ .

لأن من غير العادل . في الحقيقة : أن يتحمل المدين تبعة ما يقتضيه التقدير القضائي لمقدار الدين — في الحالات التي لا تتوافر فيها هذه الأسس — من وقت واجراءات : لا يد له بالفرض فيهما . حيث تقتضي العدالة في هذه الحالة : ألا تبدأ الفوائد في السريان على عاتق المدين من يوم رفع الدعوى . وانما من يوم صدور الحكم فيها . هذا الحكم الذي يتحدد به مقدار الدين . ويكون . من ثم . من أبرز أمثلة الديون التي لا تسري عنها الفوائد الا من يوم صدور الحكم ^(١) لعدم معلومية مقدارها وقت الطلب : على التحديد السابق ، ديون التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن من فعل غير مشروع ، حيث السلطة الواسعة لقاضي الموضوع في التقدير . وعلى الأخص بالنظر لما يتعين عليه أن يضعه في اعتباره من الظروف الملابسة ، عند تقديره لهذا التعويض ، طبقا لما تقتضيه المادة ١٧٠ مدني ^(٢،٣) . وبالمقابلة : فان تحديد المبلغ

(١) بافتراض أن المضرور كان قد طالب بالفوائد ايضا مع المطالبة بالتعويض . اما اذا لم يكن قد طالب بها ، فانه ، بعد صدور الحكم بالتعويض ، ومن ثم تحديد مقداره ، يستطيع ان يرفع بها دعوى جديدة ، حيث يستحق الفوائد عندئذ من تاريخ رفع هذه الدعوى الجديدة . في هذا المعنى أيضا : د. السنهوري بند ٥٠٥ ، د. البدرأوى بند ٧٢ ، وقرب د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٣ هامش ١ ، وقارن ، عكس ذلك : وان المضرور يستحق فوائد التأخير ليس من تاريخ رفع الدعوى الجديدة بالمطالبة بها ، وانما من وقت الحكم في الدعوى الأصلية (دعوى التعويض) ، وذلك تأسيسا على أن الاعفاء من الاعذار في حالة ما اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع (طبقا للمادة ٢٢٠ — ب) يتضمن الاعفاء من المطالبة القضائية بالفوائد ، وهي — أي المطالبة — ليست الا اعدارا من نوع خاص . د. سماعيل غانم بند ٥٦ ص ١٤٠ وهامش ٢ .

(٢) بل يبدو من الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٦ ، أن المشرع كان يقصد بشرط معلومية المقدار وقت الطلب أن يمنع بالذات « سريان الفوائد عن المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧٩ : ص ٥٨٠ . (٣) ولما كانت المادة ٢/٧٠٩ تقضي بأن الاتفاق على أجر للوكالة — على خلاف تبرعيتها أصلا — يكون خاضعا لتقدير القاضي ، فقد استحدثت من ذلك محكمة النقض ، في أحد أحكامها ، أن فوائد أتعاب المحامي المتفق عليها قبل تنفيذ الوكالة ، انما تسري من تاريخ الحكم النهائي بهذه الأتعاب حكم ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٨ ص ٢٨٥ .

(م ٦ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

الذى تنفذ به الوصية مثلاً . انما يقوم على أساس ثابت لا تقدير للقاضي فيه . ومن ثم تستحق عن هذا المبلغ فوائد التأخير من وقت المطالبة القضائية به . حتى ولو كانت التركة « التى ينفذ الموصى به من ثلثها . غير معلومة المقدار على وجه قاطع » (١) .

٣ — أن يكون المدين قد تأخر فى سداد الدين الذى رفعت الدعوى للمطالبة به وبفوائده :

٨٧ — وتشترط المادة ٢٢٦ مدنى لسريان فوائد التأخير . فضلاً عن ضرورة أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . أن يتأخر المدين فى الوفاء به . وهو شرط بديهى فى الحقيقة . ما دام أن فوائد التأخير لا تعدو أن تكون من قبيل التعويض . الذى يفترض حتى يستحق : خطأ ينسب الى المدين . كل ما فى الأمر أن التأخير اذا كان يحسب على المدين فى القاعدة العامة من تاريخ اذاره . الا أن الفوائد لا تستحق للدائن — على العكس — الا من وقت لاحق . وهو تاريخ المطالبة القضائية بها .

* * *

هل يمكن ان تستمر الفوائد الاستثمارية ، بعد حلول الأجل ، كفوائد تأخيرية؟

٨٨ — ويرى بعض الشراح أنه اذا ما حل الأجل الذى اشترطت الفوائد الاستثمارية كمقابل لانتفاع المدين بالمبلغ النقدى خلاله . ولم يسدد المدين هذا المبلغ للدائن ، فان هذه الفوائد تتحول الى فوائد تأخير . وتستمر فى السريان . لحين السداد . بنفس سعرها الذى كانت محددة به اتفاقاً (٢) . فيما نرى : مع البعض الآخر . أن الفوائد الاستثمارية تتوقف عند حلول أجل الوفاء بالدين . وأنه ما لم يوجد اتفاق مسبق على استمرارها كفائدة تأخيرية فلا بد من المطالبة القضائية

(١) انظر . حكم نقض ١٩٦٢/٦/٢١ المجموعة السنة ١٣ رقم ١٢٤

من ٨٣٧ .

(٢) من هذا الراى : د . السنهورى بند ٥٠٩ . د . الصدة بند ٣٦ ، د . أنور سلطان بند ٧٨ ، د . البدرأوى بند ٦٧ . وقرب د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٩١ .

تسرى هذه الأخيرة . وبسعرها القانوني . دون نظر الى القدر الذي كانت الفائدة الاستثمارية قد تحدت به (١) .

الحالات التي يجوز فيها ، قانونا ، عدم التقيد بحدود فوائد التأخير :
الحالة الأولى : سوء نية الدائن (وسلطة القاضي في خفض الفوائد او عدم القضاء بها) :

٨٩ - ورد النص على هذا الاستثناء في المادة ٢٢٩ مدني حين قضت بأنه : « اذا تسبب الدائن . بسوء نية . وهو يطالب بحقه . في اطالة أمد النزاع . فللقاضي أن يخفض الفوائد . قانونية كانت أو اتفاقية . أو لا يقضى بها اطلاقا . عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

ويواجه هذا النص فرض ما لو بدا للدائن أن من مصلحته عدم وفاء المدين بالتزامه كي يستمر : لأطول فترة ممكنة : سريان الفوائد التأخيرية عليه . وهو ما يتصور عملا حين يكون سعر الفائدة في السوق منخفضا عن السعر الذي تسرى به الفوائد في العلاقة فيما بينهما . فيعمد . في سبيل ذلك : الى اطالة أمد النزاع . كأن يعمد الى انكار توقيعه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين حتى يضطر المدين الى اتباع اجراءات تحقيق الخطوط ، أو يلجأ الى دفع غير جدية ... الخ (١) . فاذا استطاع المدين اقامة الدليل على أن النزاع قد طال دون مبرر . وأن الدائن كان سىء النية في ذلك : جاز للقاضي أن يخفض الفوائد أو حتى ألا يقضى بها كلية ، وذلك فقط عن المدة التي طال فيها هذا النزاع .

ويمكن في الحقيقة تخريج هذا الحكم على أساس من فكرة الخطأ المشترك التي نصت عليها المادة ٢١٦ مدني حين قضت بأنه

(١) من هذا الرأي : د. احمد حشمت أبو ستيت بند ٦.٦ ، بلانيول وريبير ، اشار اليهما د. أنور سلطان ص ٨٦ هامش ٢ .
(٢) وفي تطبيقها لهذا النص ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكتفى لجوء الدائن في المطالبة بحقه الى اجراءات لا طائل من بطئها . انظر في تطبيق ذلك : حكم ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٣٠ ص ١٦١ .

« يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما .
إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو زاد فيه » .

**الحالة الثانية : سوء نية المدين (وحق الدائن في المطالبة بتعويض
تكميلي) :**

٩٠١ - ورد النص على هذا الاستثناء في المادة ٢٣١ التي
قضت بأنه : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى
الفوائد : اذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه
المدين بسوء نية (١) .

ويمكن أن نمثل لهذه الحالة بفرض ما لو كان المدين يعرف أن
الدائن بصدد إبرام صفقة رابحة بالنسبة له . يتوقف أمر إبرامها على
حصوله على حقه من المدين ، فيعمد هذا الأخير الى تأخير السداد
قصد تفويت هذه الصفقة عليه ، ففتوت فعلا . في هذه الحالة
يكون لقاضي الموضوع أن يحكم بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد .
بالشكل الذي يراه كافيا لجبر هذا الضرر ، غير متقيد في ذلك بالقواعد
التي نصت عليها المادة ٢٢٦ ، شريطة أن يثبت الدائن هذا الضرر
وسوء النية من جانب المدين (٢) .

(١) ويقابل هذا النص في فرنسا المادة ١١٥٣ - ٤ مدني ، وإن
كانت حرفية صياغتها تشترط أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن . من
سوء نية المدين ، ضررا مستقلا عن مجرد التأخير .
(٢) وقد اشترطت محكمة النقض المصرية ، في أحد أحكامها ، للقضاء
للدائن بتعويض تكميلي أعمالا للمادة ٢٣١ ، فضلا عن سوء نية المدين .
أن يكون الضرر الذي أصابه استثنائيا . وفي تقديرنا أنها اذا كانت تقصد
بهذه الصفة ضرورة أن تكون مجاوزة الضرر قيمة الفوائد مجاوزة صارخة ،
فإنها تكون بذلك قد فرضت على النص قييدا لم يقل به المشرع
أما القضاء الفرنسي فإنه يتوسع ، على العكس ، في تطبيق المادة
١١٥٣ - ٤ ، ويعبر سوء نية المدين في معنى واسع ، مشبها به خطأه
المتميز *La Faute caractérisée* (أشار لهذا الاتجاه ستارك بنـد
٢٠٩٦) . كما يؤكد الفقه الفرنسي ، بدوره ، أن سوء النية التي ينكلم عنها
هذا النص لا تعنى بالضرورة قصد الإضرار بالدائن « فيكون سوء النية من
يرفض أن ينفذ التزامه حين يكون قادرا على ذلك » .

ويمكن تخريج هذا الحكم . بدوره . على أساس من أن حرمان الدائن من التعويض التكميلي في هذه الحالة إنما يعتبر بمثابة اعفاء للمدين من مسؤوليته عن سوء نيته ؛ وهو أمر غير جائز (١) .

«être de mauvais foi, c'est refuser d'exécuter alors que l'on est en mesure de la faire». J - MAZEAUD note D 1969 - 601.

وبالمقابلة ، اشترط مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق هذا النص على الإدارة ، أن يكون سوء النية في جانبها مطرداً systematic
انظر حكم في ١٩٥١/٧/٢٨ (س ١٩٥٢ - ٢ - ٢٥ دعوى ١ ؛ وتعليق ماثيو) .

(١) ويرى بعض الشراح الفرنسيين أن الزيادة التي يحكم بها القاضى في هذه الحالة لا تعد من قبيل الفوائد التأخرية ، إنما هي تعويض حقيقى .
انظر : ستارك بند ٢٠٩٥ .

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ
ووسائل الضمان (١)

تمهيد : فكرة الضمان العام — تقسيم :

٩٩ — بعد أن اختفى تقريبا في العصر الحديث نظام الإنكراه البدني أصبح لا يكفل حقوق الدائنين في مواجهة مدينهم الا أموال هذا المدين . ويقال تعبيرا عن هذا المعنى أن للدائنين ضمانا عاما على جميع أموال مدينهم . وقد عبرت عن مبدأ هذا الضمان وأبرزت وجهى العمومية فيه المادة ٢٣٤ مدنى . حين قضت بأن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون » .

ويتضح من هذا النص أن عمومية هذا الضمان لها وجهان : فهو ضمان عام في معنى أول أنه يرد على جميع أموال المدين التى تكون في ذمته وقت تنفيذ الدائن بحقه ، حتى ولو كان قد اكتسب هذه الأموال في تاريخ لاحق لتاريخ نشأة حق الدائن . حين لا يستلزم هذا الأخير — بالمقابلة — أن ينفذ على مال كان مملوكا للمدين وقت نشأة حقه ثم خرج من ذمته المالية بعد ذلك : اذ ليس للدائن العادى ما للدائن ذى التأمين الخاص ، من حق عينى على مال محدد للمدين يخوله تتبعه . ومن ثم حق التنفيذ عليه ، تحت أى يد يكون .

(١) استخدمنا نفس العبارة التى عنون به المشرع للفصل الثالث من الباب الثانى الخاص بآثار الالتزام . حيث عرض لكل من : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية . تحت عنوان وسائل التنفيذ ، وللحق فى الحبس كاحدى وسائل الضمان . ثم للاعسار فى المواد ٢٤٩ وما بعدها دون تصنيف له ، رغم أن هذه العبارة قد لا تكون دقيقة تماما ، كما سيتضح من دراسة هذا الموضوع .

وهو ضمان عام في معنى ثان : أن جميع الدائنين متساوون فيه .
لا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشأة حقه أو تاريخ استحقاقه
سابقا على ما لغيره من حق في ذمة المدين . بحيث إذا لم تكف أموال
المدين للوفاء بحقوق الدائنين جميعا . اقتسموا ما في ذمته من أموال
نل بنسبة حقه . اللهم إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون .
بمقتضى ما له من تأمين خاص . كرهن أو اختصاص أو امتياز .
يكفل له أولوية على سائر الدائنين الآخرين .

ويستخلص مما تقدم . وبخاصة من حيث ما أشرنا إليه من أن
ضمان الدائن يرد على ذمة المدين المالية وقت التنفيذ ، أن هذا الضمان
يمكن أن يتأثر تبعا للأثر تصرفات المدين : فيزيد قوة أو ضعفا حسبما
يترتب على هذه التصرفات من زيادة أموال المدين أو نقصها .

ولما كان يخشى أن ينظم (أو يدبر) المدين اعساره ، حقيقة
كان هذا الاعسار أو ظاهريا ، أو يتسبب فيه على الأقل باهماله .
بما يترتب على هذا أو ذاك من اضرار بالضمان العام للدائنين . يكون
من المفهوم أن يخول القانون هؤلاء الدائنين من الوسائل ما يمكنهم من
وقاية ضمانهم من الخطر . وتتمثل هذه الوسائل في : الدعوى غير
المباشرة . والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية ، وشهر الاعسار .
والى جانب هذه الوسائل ، نظم المشرع وسيلة خامسة . لا يقصد بها
في الحقيقة المحافظة على الضمان العام للدائنين جميعا ، وإنما هي تكفل
لدائن . في ظروف معينة ، ما يمكنه من الضغط على المدين لحثه على أن
يفي له بحقه . وتعرف هذه الوسيلة بالحق في الحبس .

ونعالج هذه الوسائل جميعا . كل في مبحث على حدة : على
النحو التالي .

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

L'action oblique

المقصود بها (١) :

٩٢ — اذا كان تصرف المدين الايجابى الذى يخرج به أموالا من ذمته المالية يؤثر فى ضمان الدائن ولا شك ، فان مجرد اهماله فى اقتضاء بعض حقوقه انما يكون له نفس الأثر بالنسبة لهذا الدائن . الأمر الذى يجعل له مصلحة مشروعة فى أن يسعى من جانبه الى استعمال حقوق هذا المدين بالنيابة عنه ، وباسم هذا المدين (٢) .

٩٣ — وتختلف الوسائل التى يلجأ اليها الدائن فى هذا الشأن تبعا لنوع المصلحة التى يراد الحفاظ عليها للمدين . فقد يقوم الدائن باتخاذ اجراء معين لمصلحة المدين كأن يقطع تقادما ما يسرى فى مواجهة هذا الأخير أو يسجل له عقدا اشترى به عقارا ... الخ ، وقد يلجأ — وهذه هي الصورة الغالبة — الى رفع دعوى نيابة عن مدينه على مدين المدين (كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري يطالبه فيها بدفع الثمن) ومن هنا كانت تسمية هذه الوسائل التى يدرأ بها الدائن آثار اهمال مدينه بالدعوى غير المباشرة أخذا بالأعم الأغلب .

شروطها :

٩٤ — حددت هذه الشروط المادة ٢٣٥ مدنى حين قضت بأن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا

(١) راجع فى أصل هذه الدعوى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٥٨ .
(٢) وفى هذا المعنى ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أنه يجب رفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ، ليكون للحكوم به حقا له ، ويدخل فى عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه . نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ ؛ وانظر فى نفس المعنى : نقض ١٩٧٢/١/٢٠ المجموعة ٢٣ — ١٦ — ١٠١ .

أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لهما من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى .

ويتضح من هذا النص أن بعض شروط هذه الدعوى يتعلق بالدائن . وبعضها الآخر يتعلق بالمدين . فيما يتعلق البعض الثالث بالحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه . وذلك على التفصيل التالي :
أولا — الشروط التي تتعلق بالدائن :

٩٥ — لا يشترط في حق الدائن سوى أن يكون محققا أو بتعبير آخر مؤكدا . حتى ولو كان هذا الحق غير معين المقدار (كحق المضور في التعويض عن الفعل غير المشروع) أو كان غير مستحق الأداء ^(١) كما لو كان مضافا الى أجل واقف .

كذلك لا يشترط — من ناحية أخرى — أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا ^(٢) لأن هذه الدعوى ليست من اجراءات التنفيذ . ولا أن يكون حقه سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ؛ لأن الضمان العام — كما سبق أن ذكرنا — انما يرد على جميع أموال المدين وقت التنفيذ .

(١) وعلى العكس من المادة ٢٣٥ . لم يتضمن نص المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى اشارة صريحة الى عدم ضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . لذلك يكاد ينعقد الاجماع في الفقه والقضاء الفرنسيين على لزوم هذا الشرط ، حتى يمكن للدائن مباشرة هذه الدعوى . انظر في هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٦٩ ، كاربونييه بند ١٤١ ، دييوا وجوديمييه ص ٤٠٢ ، ستارك بند ٢٥٦٣ ، وعكس ذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٥٤ (انظر عرض لحجج الراى الراجع والرد عليها في نفس البند من هؤلاء المؤلفين) ، جوجلار (دروس مازو) بند ٩٦٩ حيث يرى كفاية أن يصبح حق الدائن مستحق الأداء خلال الفصل في الدعوى غير المباشرة التي يرفعها .

وفي القضاء : نقض (عرائض) ١٩٢٤/٣/٢٥ (د. ١٩٢٤-٢٨٢) ، محكمة السين المدنية ١٩٣٦/١٠/٢٦ (د. ١٩٣٦-٥٦٤) .
(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (عرائض) ١٩٠١/٧/٨ (س ١٩٠٢ — ١ — ١١٣ وتعليق ليون — كين) ، استئناف ليون ١٩٥٧/١٢/٢ ر.ت ١٩٥٨ ص ٢٦٢ وملاحظات هنرى ولسون (مازو) .

ولا يشترط — ونيابة الدائن عن مدينه انما يستمدنا من القانون مباشرة — أن يحصل الدائن على اذن من القضاء باستعمال حقوق المدين .

وأخيرا . فانه لا يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون الدائن قد سبق أن أعذر مدينه مطالبا اياه بأن يستعمل ما له من حق في مواجهة مدينه . والا استعمله هو بالنيابة عنه . وعلى الاعفاء من هذا الاجراء صراحة النص السابق ، وهو اعفاء مفهوم في الحقيقة . لاختلاف الهدف من الاعذار عن الهدف الذي يقصد اليه الدائن بمباشرة هذه الدعوى (١) .

انما لا يكفي — بالمقابلة — أن يكون حق الدائن مجرد احتمالي . ومن ثم فاننا نرى مع البعض (٢) : وخلافا للرأى الراجح (٣) : أن الدائن صاحب الحق المعلق على شرط واقف (٤) — وحقه مجرد حق محتمل طالما أن نشأته معلقة على واقعة مستقبلية : احتمالية . قد تتحقق وقد لا تتحقق — لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه .

صحيح أن المادة ٢٦٨ مدني تجعل للدائن ذى الحق المعلق على شرط واقف ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه . لكن

(١) في هذا المعنى : كولان ، وكابيتان ، ودي لاموراندير بند ٢٥٤ . وانظر في معنى عدم ضرورة هذا الاجراء أيضا : مارتى ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٧٠ .

(٢) د . محمود جبال الدين زكى ، بند ٤٠٠ وبديوى ان الفقه الفرنسى الذى يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، يشترط من باب أولى أن يكون مؤكدا : ولا يكتفى ان يكون معلقا على شرط واقف .

(٣) من هذا الرأى : د . السنهورى بند ٥٣٠ ، د . احمد حشمت ابو ستيت بند ٦٢٧ ، د . انور سلطان بند ٩٣ ، د . سليمان مرقس بند ٦٦٤ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ٧٩ ، د . الصدة بند ٥٠ ، د . عبدالمنعم البدرأوى بند ١٠٣ ، د . جميل الشرقاوى بند ٢٨ ، د . عبد الودود يحيى بند ٤٤ ، د . اسماعيل غانم بند ٦٢ (رغم أنه يعبر في البند ١٤٥ عن مركز الدائن في فترة التعليق بأن له حقا محتملا) .

(٤) أما الدائن صاحب الحق المعلق على شرط غاسخ . وحقه مؤكد خلال فترة التعليق ، فان بإمكانه خلال هذه الفترة أن يستعمل هذه الدعوى .

الدعوى غير المباشرة حتى أكثر من مجرد إجراء تحفظي^(١) . هذا الى أن هذه الدعوى من الإجراءات الاستثنائية ، والنصوص الاستثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها .

ثانيا : الشروط التي تتعلق بالمدين :

٩٦ — يشترط — من ناحية — أن يكون المدين مهملًا في استعمال حقوقه . وأن يكون هذا الإهمال . من ناحية أخرى : من شأنه أن يؤدي الى اعساره أو الى الزيادة في هذا الاعسار . فبهذين الشرطين يمكن ، بالفعل : أن تكون للدائن مصلحة مشروعة تبرر تدخله في شئون مدينه .

(١) إهمال المدين (٢) :

٩٧ — اذا لم يكن المدين مهملًا ، بل حتى لو كان كذلك ثم نشط الى استعمال حقه . بعد أن يكون الدائن قد رفع الدعوى : لا يحق لهذا الدائن في الفرض الأول أن يرفع الدعوى نيابة عنه ، ووجب عليه في الفرض الثاني أن يمتنع عن السير فيها . وان جاز له أن يبقى خصما ثالثا ليراقب دفاع مدينه مخافة تواطؤ محتمل بينه وبين مدين مدينه اضرارا به (٣) .

ولما كان الإهمال على خلاف الأصل ، كان على الدائن عبء اثباته . حين يكفيه لذلك أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقا كان ينبغي أن يستعمله . ولا يهم في هذا الشأن أن يكون عدم الاستعمال هذا عن مجرد إهمال من المدين أم كان بسوء نية من جانبه .

(١) في هذا المعنى ستارك بند ٢٥٦٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض فرنسي ١٩٥١/٦/١١ (د . ١٩٥١ — ٥٨٦) ، نقض (تجاري) فرنسي ١٩٥٦/٣/٧ (ج . ك . ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٣٧٤) .

(٣) في هذا المعنى نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٩٥ ؛ ١١٣٥ .

(ب) اعسار المدين بسبب هذا الإهمال أو زيادة اعساره (١) :

٩٨ — قد يكون المدين موسرا رغم اهماله ، وعندئذ لا يكون للدائن من مصلحة في التدخل في شئونه . انما تبرز هذه المصلحة على العكس اذا ترتب على هذا الإهمال اعسار المدين أو زيادة اعساره .

والعبرة هنا بمجرد الاعسار الفعلي الذي يتحقق حين تعجز أموال المدين عن الوفاء بجميع ديونه ، ما كان منها مستحق الأداء وما لم يستحق بعد : اذ للدائن مصلحة مشروعة في اللجوء الى هذه الدعوى حتى ولو كانت أموال المدين تكفى لوفاء ديونه الحالة وحدها أو بعبارة أخرى حتى ولو كان معسرا اعسارا قانونيا .

ويكفى لاثبات اعسار المدين — قياسا على ما ورد النص عليه في خصوص الدعوى البولصية — أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمته من ديون حين يكون على المدين نفسه أن يثبت أن أمواله تكفى للوفاء بتلك الديون .

(ج) ادخال المدين خصما في الدعوى (٢٤٦) :

٩٩ — وهو شرط استحدثه التقنين المدني الحالي واستغنى به عن شرط اعذار المدين . وهو في الواقع تقنين لما جرت عليه العادة في ظل القانون الملغى من أن يقوم الخصم بادخال المدين في الدعوى (٤)

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط : نقض ١٩٥١/٦/١١ ، ١٩٥٦/٣/٧ سابقى الإشارة .

(٢) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/٥/٤ سابق الإشارة .

(٣) والقضاء الفرنسي لا يستلزم هذا الشرط ، حيث لا نص عليه : انظر ، محكمة فالينس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٠/١٢/١٤ (د . ١٩٦٠ — ٦١٩ وتعليق جوريه) . وانظر في لزوم هذا الاجراء حين يضمن الدائن (المدعى) دعواه طلبا بالمبالغ المستحقة له في مواجهة المدين الاصلى ، حيث أن الدائن هنا يقاضى ليس بالنيابة عن مدينه وانما ضده : نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ (ج.ك.ب . ١٩٧١ — ٢ — ١٦٦٧٥ وتعليق : بولان) . وانظر في نفس المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٢ ، سستارك بند ٢٥٦٢ .

(٤) ، ويجرى العمل على ذلك في فرنسا ايضا . اشار لهذا المعنى : جوجلار بند ٩٧٢ ، ومن تطبيقات القضاء انظر نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ سابق الإشارة .

إذا لم يكن الدائن قد أدخله فيها . وذلك ليكون الحكم الذى يصدر فيها ساريا فى حقه . أو بعبارة أخرى حجة فى مواجهته (١) .

ثالثا — الشروط التى ترجع الى الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه :

١٠٠ — لما كانت الدعوى غير المباشرة انما تهدف الى الحفاظ على الضمان العام للدائنين الذى يرد على ذمة المدين المالية . وذلك توطئة للتنفيذ عليها . وكان لا يحج من ناحية أخرى — والتدخل فى شئون المدين يعد خروجاً على الأصل — أن يحل هذا التدخل الى حد اعدام حرية المدين فى ادارة أمواله . كان من الطبيعى أن يكون نطاق الدعوى غير المباشرة محصورا . فإذا كان الأصل أن من حق الدائن أن يستعمل جميع حقوق مدينه . الا أنه يستثنى من هذه الحقوق ما يأتى :

١ — الحقوق غير القابلة للحجز والتى تخرج بالتالى عن الضمان العام (كالحق فى النفقة على سبيل المثال) . وذلك استثناء بدهى اذ لا مصلحة للدائن فى استعمال هذا النوع من الحقوق نيابة عن مدينه والفرض أنها اذا آلت الى هذا الأخير فانه لن يستطيع مع ذلك التنفيذ عليها .

٢ — الحقوق غير المالية ، حتى ولو كانت تؤثر فى الذمة المالية للمدين بشكل غير مباشر . كحق هذا الأخير فى طلاق زوجته مهما كانت النتائج المالية التى تترتب على هذا الطلاق كانقطاع التزام المدين بالنفقة الزوجية مثلا .

٣ — كذلك يخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة الحقوق والدعاوى المالية التى تتأسس على اعتبارات أدبية يستقل المدين بتقديرها (٢) .

(١) فى هذا المذنى : دييوا وجوديميه ص ٤٠٣ : كما بضيف البعض ان المدين — بذلك — لا يستطيع أن يزعم فيما بعد بأن حقوقه كانت قد أسىء الدفاع عنها . انظر مارتى ورينو بند ٦٨٨ .

(٢) انظر : من تطبيقات القضاء : نقض فرنسى ١٩٦٣/٦/٨ (ج.ك.ب) ١٩٦٥ — ١٤٠٨٧ وتعليق سافاتييه ، (د. ١٩٦٤ — ٧١٣ وتعليق لمان) . نقض ١٩٤٨/٦/٢٩ (د. ١٩٤٩ — ١٢٩ وتعليق بونسار) .

أو بتعبير آخر تكون متصلة بشخصه خاصة • كحق الواهب في الرجوع في البينة وحق المدين في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي •

٤ — ولا يجوز — كما سبق أن ذكرنا — أن يكون من شأن هذه الدعوى أن تسلب المدين كل حربة في التقدير وفي تصريح شئونه • ولذلك يقال — عادة — بأن الدائن لا يستطيع أن يستعمل ما للمدين من رخص^(١) والرخصة هي الحق الذي يتوقف نشوئه على إعلان ارادة من جانب الشخص (كأن يقبل هبة نيابة عن المدين أو أن يطلب الشفعة باسمه • ولا يستثنى من ذلك سوى رخصة التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب حيث أجاز المشرع في المادتين ٣٨٧ . ٩٧٣ للدائن أن يتمسك بهما نيابة عن المدين •

ولكن اذا أصبحت الرخصة حقا حتى ولو كان ثبوت هذا الحق نهائيا في ذمة المدين يتوقف على ارادة هذا الأخير ومشيئته • وهو ما يسمى بالخيارات : كحق الموصي له في قبول الوصية أو ردها • جاز للدائن أن يستعمل هذا الحق نيابة عن مدينه^(٢) فيقبل الوصية في المثال السابق الليم الا اذا كان الأمر يتعلق باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها فيكون القبول عندئذ من الحقوق المتصلة بشخصه خاصة • فلا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عنه •

* * *

١٠ — وقد اختلف الرأي : في البداية • فيما اذا كان يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للطعن على العقد الذي أبرمه مدينه ، بالابطال • لكن الرأي بدأ يستقر في اتجاه جواز ذلك^(٣) • وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه : في خصوص ابطال عقد المدين لنقص أهليته : مستندة الى أساس من أن مصلحة

(١) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ٩٦١ • مارتى ورينو بند ٦٨٧ .

(٢) انظر عكس ذلك وعدم امكان استعمال خيارات المدين عن طريق هذه الدعوى : جوجلار بند ٩٦١ •

(٣) اشار الى التطور في هذا الاتجاه : جوسران بند ٦٦٨ : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٥٣ •

الدائنين المالية المعرضة للخطر في هذا الفرض ترجح الاعتبارات الأدبية التي يقوم عليها الحق بالنسبة للمدين (١) . كما سارت محكمة النقض المصرية على نفس النهج بحكم أصدرته في خصوص إبطال عقد المدين لعيب شاب رضاه (٢.٢) .

آثار الدعوى غير المباشرة :

١٠٢ — تقوم آثار الدعوى غير المباشرة كما عبرت عن ذلك المادة ٣٣٦ على فكرة النيابة القانونية للدائن عن مدينه (٤) ولكنها — خلافا للأصل — نيابة مقررة لمصلحة النائب . وفي ضوء هذه الفكرة

(١) انظر نقض ١٩٢١/١/٥ (د . ١٩٢٤ — ١ — ١٣٣) ، وانظر عكس ذلك الاتجاه : نقض (عرائض ١٨٧٨/٣/٦) اثار اليه كولان وكابيتان بند ٢٥٣ .

وفي مصر لا يؤيد بعض الشراح ربط مسألة ما اذا كان بالامكان رفع الدعوى غير المباشرة من عدمه ، باجراء موازنة بين الاعتبارات الأدبية والاعتبارات المالية التي يقوم عليها الحق ، والانتفاء من ذلك الى جواز رفعها ان كانت الاعتبارات الأخيرة أغلب . ويرى وجوب الاكتفاء بمجرد قيام الاعتبار الأدبي حتى لا يكون استعمال الدعوى غير المباشرة جائزا للدائن ، حيث ان الموازنة سابقة الاشارة لن تخلو من تحكم . انظر : د . اسماعيل غانم ص ١٥٢ هامش ١ ، وانظر في نفس المعنى : كوست ، تعليق (س ١٩٣٦ — ٢ — ٢٠٩) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ (٣) وانظر في معنى أن بالامكان رفع هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى اصاب المدين في شخصه ، حيث أن مثل هذا الضرر يقلل صلاحيته للعمل ، ولا يقوم الحق في تعويضه على اعتبارات أدبية تتعلق بالمدين ، جوجار بند ٩٦٣ ، جوسران بند ٦٦٨ ، وانظر عكس ذلك : محكمة السين المدنية ١٨٧٩/١/٩ (س ١٨٨١ — ٢ — ٢١) وتعليق لابييه ٢ .

وفي دعوى تتعلق بشخص استأجر شقة بعقد ايجار صحيح ، ثم وجد احد الاغيار يشغلها دون سند قانونى ، رفضت محكمة السين المدنية أن يكون للمستأجر — دائن المؤجر بالتزام بممكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة — الحق في أن يحل محل هذا الأخير في رفع دعوى الطرد ضد هذا الشخص . انظر حكمها في ١٩٥٠/١٢/١٩ (ج.ب ١٩٥١ — ١ — ١٤٣) .

(٤) يبدو أن هذه الفكرة هي التي كانت وراء حكم محكمة النقض الفرنسية ، الذي قضت فيه بأن رافع الدعوى غير المباشرة يمكن الاحتجاج عليه بورقة الضد الصادرة من كل من المدين ومدينه (المدعى عليه في الدعوى غير المباشرة) . انظر نقض ١٩٨٢/١٠/١٢ (د . ١٩٨٣ — ١ — ٣٢) .

يمكن تحديد آثار هذه الدعوى بالنسبة الى كل من المدين والخصم والدائن على النحو التالى :

(ا) بالنسبة للمدين :

١٠٣ — لما كانت النيابة لا تحرم الأصيل من حرية التصرف فى الحق الذى أناب عنه غيره فى استعماله ، فان استعمال الدائن للدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه لا يترتب عليه غل يد هذا الأخير عن الحق الذى يستعمله الدائن باسمه • فيستطيع — كما يشاء — أن يستوفيه مثلاً ، بل وحتى أن ينزل عنه • ولا يملك الدائن أن يعترض على هذه التصرفات الا بطريق الدعوى البولصية اذا توافرت شروطها • ومن هنا كانت ندرة اللجوء الى هذه الدعوى فى العمل : ما دام يفضل عليها من هذه الزاوية نظام حجز ما للمدين لدى الغير الذى به ترتفع يد المدين عن الدين المحجوز ولا يعد بإمكان المحجوز لديه أن يفى به للمدين (المحجوز عليه) (١) •

(ب) بالنسبة للخصم :

١٠٤ — للخصم أن يدفع فى مواجهة الدائن رافع الدعوى بجميع الدفعات التى كان يمكنه أن يدفع بها فى مواجهة المدين (كالوفاء • أو التجديد أو المقاصة) • حتى ولو نشأ سببها بعد رفع الدعوى • كصلح تم بشأن الدين بين الخصم والمدين أو تنازل للخصم عن الدين •

(ج) بالنسبة للدائن :

١٠٥ — لما كان الدائن فى استعماله لحق مدينه لا يعدو أن يكون نائباً عنه فان حصيلة هذه الدعوى انما تدخل فى ذممة المدين المالية وتكون ضماناً لجميع دائنيه (٢) • فمبادرته لرفع الدعوى درءاً

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٧ : ٩٧٩ •

(٢) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ •

لاهمال المدين ومحاولته لتقوية الذمة المالية لهذا الأخير لا تعطى أية أفضلية له على غيره من سائر الدائنين الآخرين . وهذا عيب آخر من عيوب هذه الدعوى من شأنه أن يقلل الى حد كبير من أهميتها العملية .

المبحث الثاني

الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف) (٢٤١)

L'action Paulienne

الفكرة التي تقوم عليها :

١٠٦ — عرفنا أن الدعوى غير المباشرة انما تهدف الى المحافظة على الضمان العام من سلبية مدين مهمل . أما الدعوى البولصية ، فتواجه على العكس موقفا ايجابيا من مدين ، يقصد به الى الاضرار بدائنيه لما يترتب عليه من اعساره أو الزيادة في هذا الاعسار ، بما يتعين معه وجوب رد قصده السيء عليه وذلك بعدم نفاذ تصرفاته في حقهم . والوسيلة الفنية لذلك هي الدعوى التي قررها المشرع لهؤلاء الدائنين والتي تعرف بالدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات . فكان هذه الدعوى تقوم — من ناحية — على فكرة الغش من جانب المدين ومن ناحية أخرى على فكرة الضرر في جانب الدائن . وسوف نعرف من خلال هذه الدراسة الى أي حد هيمنت هاتين الفكرتين على شروط هذه الدعوى .

(١) لم يعالج المشرع الفرنسي هذه الدعوى بالتفصيل الذي عالجها به المشرع المصري في المجموعة المدنية الحالية ، بل اورد بشأنها مادة واحدة فقط هي المادة ١١٦٧ التي اكتفى فيها بالقول بأن « للدائنين ان يطعنوا باسمهم الشخصي — على التصرفات التي تتم من جانب مدينهم بقصد الغش اضرارا بحقوقهم » . ومن ثم فان للقضاء والفقهاء في الحقيقة ، الفصل في استكمال هذا النقص ، والكثير من احكام هذه الدعوى استوحاه القضاء والفقهاء من تقاليد هذه الدعوى في القانون الروماني .

(٢) انظر في تاريخ هذه الدعوى : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بنه ٢٥٦ ، مارتى وريينو بند ٦٩٨ .

(م ٧ — موجز الاحكام العامة للالتزام)

شروطها :

١٠٧ — تتعدد شروط الدعوى البوليصية فمنها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمدين ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه .

اولا — الشروط التي تتعلق بالدائن :

١٠٨ — يشترط في حق الدائن حتى يمكنه أن يستعمل هذه الدعوى : شرطان : أن يكون مستحق الأداء من ناحية وسابق على التصرف المطعون فيه من ناحية أخرى . ولا أهمية بعد ذلك لمصدر حق الدائن ولا لمحله ولا ما اذا كان بيده سندا تنفيذيا أم لا .

(١) استحقاق الدين :

١٠٩ — على خلاف الحال في الدعوى غير المباشرة ، لما كان الدائن هنا لا يقتصر على مجرد استعمال حقوق مدينه بالنيابة عنه . وانما يريد التوصل الى ثل آثار تصرفاته وعدم نفاذها في مواجهته . كان من البديهي أن يتشدد المشرع في شروط حق الدائن الذي يمكنه أن يرفع هذه الدعوى . ولذلك فلم يكتف في اعطائها بأن يكون حق الدائن محققا ، وانما استلزم أن يكون هذا الحق قد أصبح مستحق الأداء وبالتالي — بل ومن باب أولى — خاليا من النزاع .

وعلى ذلك فان الدائن بحق مضاف الى أجل واقف (١) أو من

(١) ويبدو لبعض الشراح الفرنسيين أن حرمان الدائن بحق مضاف الى أجل واقف من رفع الدعوى البوليصية ، يتعارض مع شرط الاعسار . مستندي في ذلك الى أنه : اذا ما اثبت الدائن بأجل اعسار مدينه ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، وجاز له من ثم رفع الدعوى البوليصية . انظر كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٦٦ ، مارتى ورينو بند ٧٠١ .

أما في مصر فليس هناك من تعارض : لأن الأجل ، في مصر ، لا يسقط لجرد اعسار المدين اعسارا فعليا . وانما يجب أن يكون المدين قد أصبح معسرا اعسارا قانونيا ، كما أن شهر الاعسار وقف في القانون المصري على حكم يصدر به ، ولن يكون حتميا حتى في حالة الاعسار القانوني هذه أن يستجيب القاضي لطلب شهر الاعسار ، فقد لا يرى في الظروف المحيطة بالمدين ما يستدعي هذا الاجراء (انظر المواد ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ مدني مصري) .

باب أولى المعلق على شرط واقف^(١) لا يستطيع أن يرفع هذه الدعوى .
وذلك على العكس من الدائن صاحب الحق المقترن بشرط فاسخ أو بأجل
فاسخ .

(ب) أسبقية حق الدائن في نشأته على التصرف المطعون فيه (٢) :

• ١١ — ويتعين . من ناحية أخرى أن يكون حق الدائن سابقا
في وجوده على التصرف المطعون فيه . وقد بررت الأعمال التحضيرية
لنص المادة ٢٣٧ هذا الشرط ، بأنه « بهذا الوضع يصح أن يتصور
أن ضررا يصيب الدائن أو أن غشا يقع من المدين »^(٣) .

ولما كان هذا هو أساس اشتراط أن يكون التصرف المطعون فيه
تاليا لوجود حق الدائن ، فإنه اذا فرض وثبت أن المدين قد قصد
بالتصرف الاضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه ، كان لهذا الدائن
الطعن في التصرف بالرغم من أسبقيته على تاريخ نشوء حقه^(٤) (ومثال
ذلك : أن يبيع المدين بعض أمواله في وقت يسعى فيه الى الاقتراض) .

(١) انظر في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٨/١٢/١٩٥٧ (د . ١٩٥٨ —

٢٢٤ .

(٢) انظر . من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط : نقض فرنسي
(عرائض) ١٩٥٥/٥/٣٠ (د . ١٩٥٥ — ١ — ١٤٠٨) ؛ عرائض ١٩٤٦/٣/٦
١ د . ١٩٤٦ — ٢٤٠ . نقض (تجاري) ١٤/٥/١٩٥٢ (د . ١٩٥٢ —
٦٢٥ وتعليق رادوان) .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية ح ٢ ص ٦٢٢ ؛ وفي هذا المعنى أيضا :
مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

(٤) وحددنا قضت محكمة استئناف باريس بهذا الحل « حينما يكون
الغش قد نظم مقدما بغية الاضرار بدائن مستقبل » . انظر حكمها
في ١٣/١/١٩٨٢ (د . ١٩٨٢ — أ.ر — ١٧٥) ؛ وفي نفس الاتجاه : نقض
(عرائض) ١٥/١١/١٩٣٩ (د . ١٩٤٠ — ٤٠) ؛ استئناف باريس
١٠/٢/١٩٦٤ (ج.ب ١٩٦٤ — ١١٤١ في الأسباب) ؛ نقض ٢٣/١/١٩٢٨
(د . ١٩٢٨ — ١ — ٨٦) وتقرير المستشار كولان ؛ استئناف باريس
٢٤/٧/١٩٢٨ (س ١٩٢٩ — ٢ — ٩٧) وتعليق بيكيونيون ؛ محكمة ستراسبورج
المدنية ٩/١١/١٩٥١ (د . ١٩٥٢ — ٣١٨) . وفي الفقه انظر : كولان
وكايتان ودي لاموراندير بند ٢٦٦ ؛ ستارك بند ٢٦٠٩ ؛ مارتى ورينو
بند ٧٠٢ .

١١١ — ومن البديهي أن على الدائن عبء اثبات هذه الأسبقية .
ولكن ما يجدر التساؤل بشأنه هو كيفية اثباتها .

١١٢ — يجب أن يلاحظ منذ البداية أن العبرة في الأسبقية هي بتاريخ نشوء حق الدائن وليس بتاريخ استحقاقه ^(١) . وكذلك بتاريخ التصرف المطعون فيه وليس بتاريخ شهره إذا كان واجب الشهر ^(٢) .

١١٣ — ومن ناحية أخرى فإن أمر كيفية هذا الاثبات يختلف حسب مصدر حق الدائن . فإذا كان هذا الحق قد نشأ عن واقعة مادية كان له أن يثبت تاريخ نشوئه بكل طرق الاثبات . أما إن كان مصدره تصرفاً قانونياً ولم يدرج هذا التصرف إلا في محرر عرفي فإن القواعد العامة في الاثبات تعتبر المتصرف إليه من المدين في هذه الحالة من الغير بالنسبة للتصرف الذي أنشأ حق الدائن ومن ثم لا يحتج به عليه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف المطعون فيه .

١١٤ — ويبدو أن المشرع قد أراد أن يحيد عن هذا الأصل .
اد ورد في المذكرة الايضاحية — رغم عدم وجود نص يحسم هذه المسألة — أن المشرع قصد قصد اغفال استلزام ثبوت التاريخ حيث أن « الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سند الدين » ^(٣) . بما يستفاد منه أن

(١) وتعبيراً عن هذا المعنى نقول محكمة النقض الفرنسية أنه يكفي أن يكون « منشأ حق الدائن » *principe de la créance* سابقاً على التصرف الذي يراد الطعن فيه . انظر من أحكامها الحديثة نقض ١٩٨٤/١/١٧ د . ١٩٨٤ — ٢٣٧ وتعليق مالوري ؛ وانظر في نفس المعنى : استئناف فرنسا ١٩٨٠/٤/٢٩ د . ١٩٨١ — ١٠١ ر . ١٤ وملاحظة فاسير ؛ نقض ١٩٦١/٦/١٤ د . ب ١٩٦١ — ٢ — ٣٠٥ ؛ وعكس ذلك استئناف ليون ١٩٤٣/٢/١١ د . ج.ك. ب ١٩٤٣ — ٢ — ٢٢٨٣ وتعليق كاربونيه .

(٢) انظر عكس ذلك (في خصوص هبة) : نقض ١٩٤٢/١٠/٢٦ د . ج.ك. ب ١٩٤٣ — ٢ — ٢١٣١ وتعليق بيكيه : ر.ت ١٩٤٣ ص ١٩٠ وملاحظة هنري وليون مازو .

(٣) الأعمال النحضرية ج ٢ ص ٦٢٢ .

تاريخ المحرر العرفي المثبت لحق الدائن يكون حجة على المتصرف اليه (١) . الى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم عمدا تواطؤا مع المدين للاضرار به .

١١٥ — هذا عن تاريخ التصرف المثبت لحق الدائن . أما تاريخ التصرف الذي يراد الطعن فيه بالدعوى البولصية . فمن المسلم به تقريبا في مصر أنه يكون حجة على الدائن . الى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم عمدا تواطؤا بين المدين والمتصرف اليه لحرمانه من امكانية الطعن بالدعوى البولصية ، وذلك تأسيسا على أن الدائن العادي — بموجب المادة ١٥ اثبات — لا يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية لمدينه (٢) .

(١) من هذا الرأي : د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٨٩ : د. عبد الودود يحيى بند ٥١ ؛ وقرب د. البدر اوى بند ١٢٣ وعكس ذلك : ابو ستيت بند ٦٤٣ ؛ ويفرق البعض في هذا الشأن بين ما اذا كان التصرف المطعون فيه ثابت التاريخ او غير ثابت . حين يلزم في الحالة الاولى فقط ان يكون تاريخ حق الدائن ثابتا : انظر د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ ويرى البعض الآخر انه كان الاجدر بالمشرع ان يواجه الموضوع بنص صريح د. البدر اوى بند ١٢٣ ؛ د. اسماعيل غانم ص ١٨٣ هـ ١ .

اما الفقه الفرنسي فيبدو ان الراجع فيه هو ضرورة ان تكون اسبقية حق الدائن بتاريخ ثابت : انظر : بلانيول وريبير ورادوان ج ٧ بند ٩٥٧ ؛ جوسران بند ٦٩٦ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٦٦ ؛ مارتى ورينو بنس ٧٠٢ ؛ ستارك بند ٢٦٠٨ ؛ وفي القضاء : انظر في هذا الاتجاه ايضا : استئناف اميان ١٩٦١/١٢/٧ ا ج . ب ١٩٦٢ — ١ — ملخص ٢ ا وعكس ذلك : اوبرى ورو (اثار اليها مارتى ورينو ص ٧٢٥ هـ ١) ؛ واستئناف بوج ١٨٩٢/٧/١٨ (د . ١٨٩٢ — ٢ — ٦٠٩) ، وقد استندت في ذلك الى ان ما يطلبه الدائن بالدعوى البولصية هو اثبات غش مدينه وتواطؤ المتصرف اليه ، والغش يجوز اثباته بجميع الطرق . انظر في دحض هذا التأسيس جوسران بند ٦٩٦ .

(٢) في هذا الاتجاه : د. السنهوري بند ٥٨٤ ؛ د. انور سلطان بند ١٢٧ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٨٩ ؛ وانظر عكس ذلك : د. الصدة بند ٦٤ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٥١ ؛ ومن هذا الاتجاه العكسي ايضا كولان وكابيتان ودي لاموراندير بنس ٢٦٦ . .

ثانيا - انشروط التي تحقق بالتصرف المأطون فيه :

١١٦ - لما كانت الدعوى البولصية تقوم على فكرة الغش من جانب المدين للاضرار بدائنه فان نطاقها بالتالى يجب أن يقتصر على تصرفات المدين التي يمكن أن تتضمن هذا المعنى وهو ما لا يصدق الا على التصرف القانونى (١) المنقر .

١ - تصرف قانونى :

١١٧ - يجب أن يكون ما صدر من المدين تصرفا قانونيا حتى يمكن للدائن الطعن فيه بالدعوى البولصية . أما الأعمال المادية حتى العمدية منها فان الدعوى البولصية لا تمتد اليها ولو ترتب على هذه الأعمال فى النهاية تحميل المدين بالتزامات ، لأن هذه الأعمال ، حتى فى حالة العمد لا يصدق عليها أن المدين قد قصد بها أساسا الاضرار بدائنه .

ويمكن استخلاص هذا الشرط من نص المادتين ٢٣٧ . ٢٣٨ مدنى حين نصت الأولى على أن « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ... الخ » . وحين تفرق الثانية بين ما اذا كان المدين قد تصرف بعوض أم تبرعا .

غير أنه يستوى بعد ذلك أن يكون هذا التصرف من جانبين (عقدا) أم عملا قانونيا من جانب واحد . كما يستوى كذلك أن يكون معاوضة أو تبرعا ، منشئا بالتزام أو مسقطا لحق ما دام يصدق عليه فى كل الأحوال أنه تصرف مفقر على ما سنرى .

(١) راجع فى امكان امتداد هذه الدعوى لتشمل اعمال النفاذى Les actes judiciaires من جانب المدين ، متى نمت بسوء نية . كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنسب ٢٦٢ ، ويقصدون بذلك فرض ما لو تواطأ المدين مع أحد الأشخاص ليرفع عليه دعوى لا يقدم فيها دفوعا جدية حتى يصدر الحكم فيها لمصلحة هذا الشخص ، ومن ثم اضرارا بالدائنين الآخرين . ولكنهم مع ذلك يرون أن الأمر هنا يتعلق بدعوى بولصية لها شكل خاص ، وهو شكل « اعتراض الخارج على الخصومة » .

(ب) تصرف مفقر :

١١٨ — ويجب من ناحية أخرى : أن يكون هذا التصرف القانوني مفقرا ^(١) : وهو ما عبرت عنه المادة ٢٣٧ بأنه تصرف « ضار » بالدائن .

١١٩ — ولا شك أن التصرف يكون مفقرا اذا كان من شأنه أن ينقص حقوق المدين باخراج أموال من ذمته . سواء تم ذلك بدون مقابل كالهبة أو بمقابل تظل معه فكرة الاضرار بالدائن متوافرة كبيع مال بثمان بخس ^(٢) ^(٣) .

١٢٠ — غير أن معنى التصرف المفقر يتسع في الواقع ليشمل بالإضافة الى التحديد السابق التصرفات التي يزيد بها المدين من التزاماته (كقرض يصبح بمقتضاه مدينا للمقرض) ما دام أن العبارة في النهاية بأثر تصرفات المدين على حق الدائنين في الضمان العام .

(١) انظر في معنى أن شرط اعسار المدين بالتصرف الذي ابرمه او زيادة اعساره ، يفنى عن شرط أن يكون التصرف مفقرا . د. اسماعيل غانم بند ٧٠ .

(٢) في هذا المعنى : كاربونييه بند ١٤١ ص ٥١٨ ، ستارك بند ٢٥٨٥ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د. ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦ ، في شأن بيع بثمان بخس) ، نقض (عرائض) ١٩٠٢/٧/٢٠ (د. ١٩٠٤ — ١ — ١٩٦ في شأن صلح مجحف بالمدين) .

(٣) وانظر في معنى أن البيع ، ولو بثمان المثل ، يمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصة : نقض فرنسي ١٩٧١/٢/١٨ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٧٧) ، مارتى ورينو بند ٧٠٤ .

والميل في الفقه والقضاء الفرنسيين على ما يبدو . الى توسيع مفهوم التصرف المفقر ، بحيث يشمل التصرفات التي يخرج بها المدين أموالا من ذمته ولو بقيمة مساوية لها ، ما دام أن هذه القيمة يمكن أن تفلت من متابعة الدائنين بسبب سهولة اخفائها (كما هو الحال في النكود مثلا) أو لأن الحجز عليها لا يكون جائزا أو يكون صعبا . انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٨٦ ورادوان تعليق (د. ١٩٥٣ — ٦٢٥) . مارتى ورينو بند ٧٠٤ نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج.ب ١٩٦١ — ٢ — ٣٠٥) ، نقض ١٩٧١/٢/١٨ سابق الإشارة . وتعبيرا عن هذا المعنى يقول ستارك : « انه يكون هناك اعسارا بالمعنى الضيق ، ليس فقط حينما تكون ديون المدين ازيد من حقوقه ، وانما أيضا حينما لا يكون بوسع الدائنين (أى على أثر تصرف المدين) اقتضاء حقوقهم » . ستارك بند ٢٥٨٦ .

وبدهى أن هذا الحق كما يتأثر بالتصرفات التى تنقص أموال المدين
انما يتأثر كذلك بالتصرفات التى تزيد من التزاماته ما دام يترتب على
هذه أو تلك اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره .

ومن هنا كان المشرع المصرى على حق حين عالج فى النقتين
الجديد عيبا تقليديا فى الدعوى البولصية . حيث كان تحديد التصرف
المفقر فى التقاليد الرومانية لهذه الدعوى يقتصر على ما ينقص حقوق
المدين فقط ولا يتناول ما يزيد فى التزاماته ^(١) . وهكذا تعطى المادة
٢٣٧ مدنى حق الطعن فى تصرف المدين « اذا كان التصرف قد أنقص
من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته » .

١٢١ — لكن أيا كان اتساع فكرة انتصرف المفقر الا أنها لا يمكن
أن تمتد الى ما يسمى برفض الاغتناء ^(٢) بمعنى امتناع المدين عن
زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته . اذ لا يسوغ للدائنين فى هذين
الفرضين التذمر من مسلك المدين ، ما دام أن تصرفه على هذا النحو
لا يسلبه حقا كان له ، وكان يدخل بالتالى فى الضمان العام لهؤلاء
الدائنين ، ولا يثقله بدين جديد يضعف من هذا الضمان ، (ومثال رفض
الاغتناء ، أن يمتنع المدين عن قبول هبة) . وليس لهذه القاعدة من
استثناء الا ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص امتناع المدين عن
التمسك بالتقادم وذلك لكسب حق أو اسقاط الترام . فهذا الامتناع

(١) ولا يزال البعض فى فرنسا يقول بذلك : انظر كاربونيه بنسد
١٤١ ص ٥١٨ . ويشير بعض الشراح الى أن ذلك هو المعمول به فى فرنسا
اخذا من تقاليد القانون الرومانى ، وأساسه ان الاعسار المدنى ، على
العكس من الافلاس التجارى ، لا يحرم المدين من حقه فى ادارة امواله .
انظر مارتى ورينو بند ٧٠٦ ، وراجع فى التحفظ على هذا الحل ، ومن ثم
اخضاع التصرفات الجديدة التى تتم بتواطؤ تدلىسى متميز ، بقصد الاضرار
بالدائنين للدعوى البولصية : مارتى ورينو ، الموضع السابق .

(٢) فى هذا المعنى ايضا : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٥ .
ستارك بند ٢٥٨٧ ، مارتى ورينو بند ٧٠٤ ، وعكس ذلك أوبرى ورو
تأسيسا على عمومية نص المادة ١١٦٧ ، وعلى أن الأموال الجديدة التى
سيفتنى بها الدائن سوف تدخل فى الضمان العام للدائنين . اشار اليهما
مارتى ورينو ، الموضع السابق .

— والفرض أن التقادم مكسب أو مسقط لا يرتب أثره إلا إذا تمسك به من يسرى لصالحه — لا يعدو أن يكون من قبيل رفض الاغتناء ، أى رفض انقصاص الالتزامات (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المسقط) : أو رفض زيادة الحقوق (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المكسب) . بما كان ليقرب عليه عدم إمكان الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكن المشرع نص فى المادة ٣٨٨ على أن النزول عن التقادم المسقط ، استثناء من القاعدة السابقة ^(١) . « لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر اضراراً بهم » ^(٢) . ولما كانت المادة ٩٧٣ قد أحالت فى خصوص التقادم المكسب الى أحكام المادة ٣٨٨ سابقة الذكر ، فإن هذا الاستثناء يمتد بدوره الى هذا النوع الأخير من التقادم .

١٢٢ — كذلك ، فإن وصف التصرف المفقّر الضار بالدائن لا يتسع لما يرد من التصرفات على ما لا يدخل من حقوق المدين فى الضمان العام للدائنين . كتصرف المدين فى حقوق أو أموال له مما لا يجوز الحجز عليها . اذ لا تعتبر التصرفات الواردة على أمثال هذه الحقوق مضرّة بالدائنين ما دام الفرض أنهم لن يستطيعوا استيفاء حقوقهم منها . أو تصرفه فى حق من الحقوق وثيقة الصلة بشخصه ^(٣) ، كتنازله مثلاً عن حق فى التعويض عن ضرر أدبى أصابه .

(١) انظر فى معنى أن هذه الحالة تعتبر استثناء من قاعدة عدم امتداد الدعوى البولصية لرفض الاغتناء : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٥ .

(٢) ويشرح الفقه الفرنسى المادة ٢٢٢٥ مدنى فى هذا المعنى أيضاً : انظر مارتى ورينو بند ٧٠٤ (وان كانا يقولان أنه من المشكوك فيه أن يكون الأمر فى هذه الحالة متعلقاً بدعوى بولصية حقيقية) .

(٣) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ٧٥ ، ومن الفقه الفرنسى : ستارك بند ٢٥٩٥ بلانيول وريبير ورادوان ج ٧ بند ٩٤٧ ، بونسار (تعليق د. ١٩٤٩ — ١٣١) ، نقض فرنسى ١٩٠٢/٧/٢٨ (د. ١٩٠٣ — ١ — ٣٨٣) وعكس ذلك : كولان وكابيتان ، أوبرى ورو ، أشار اليهم ستارك ص ٧٨٧ هـ ٢٣ .

١٢٣ — ويبقى في النهاية التساؤل عما اذا كان وصف التصرف
المفقر الضار بالدائنين يتسع ليشمل تفضيل المدين لأحد دائنيه على
سائرهم ، وذلك بأن يوفيه حقه دونهم أو يقرر له سببا من أسباب
التقدم عليهم (كأن يرهن له مثلا مالا من أمواله) • ؟

كان هذا التساؤل بشقيه محل خلاف في ظل التقنين القديم (١) .
ذلك لأنه اذا كان من المتصور — من ناحية — افتراض الغش في جانب
المدين الذي يتجه الى ايثار أحد دائنيه على باقى الدائنين ، فان سلوك
الدائن الذى يسعى الى استيفاء حقه أو الحصول على ضمان خاص
تأمينا لهذا الحق لا يمكن — بالمقابلة — الا أن يكون سلوكا بقصد
تحقيق غرض مشروع خصوصا اذا كان حقه قبل المدين مستحق الوفاء •

غير أن هذا السلوك رغم مشروعية القصد منه الا أنه سيقرب
عليه في الواقع الاضرار بالدائنين الآخرين في النهاية : ما دام أنه
سيخل بمبدأ المساواة بينهم وإلى انقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم
عند اقتسام أموال الدين الباقية قسمة الغرماء •

وقد رأى المشرع في التقنين الجديد أن يواجه التساؤل السابق
بشقيه فاعتبر ايثار المدين لأحد دائنيه بالوفاء أو الضمان الخاص من
قبيل التصرفات المفقرة وأجاز الطعن فيه بالدعوى البوليصية وذلك على
النحو التالى :

١ — الوفاء (٢) •

١٢٤ — فرق المشرع بين ما اذا كان الدين الذى أوفاه المدين
لأحد دائنيه مؤجلا أم مستحق الأداء • في الحالة الأولى أعادى الوفاء

(١) أشار الى هذا الخلاف : د. السنهورى بند ٥٧٨ ، د. عبدالفتاح
عبد الباقي بند ٩٣ ، د. الصدة بند ٦٠ .

(٢) وفي فرنسا يرى البعض أن الوفاء لا يمكن الطعن فيه بالدعوى
البوليصية ولم تم بطريق الفسخ . انظر في هذا المعنى ، وفي مبرراته : كولان
وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٤ ، كاربونيه بند ١٤١ ص ١٨٥ وهو =

حكم التبرع : وأجاز لبقية الدائنين الطعن فيه . دون حاجة الى اثبات غش المدين أو تواطؤ الدائن . أما في الحالة الثانية فقد أعطاه حكم المعاوضة فاشتراط لامكان الطعن فيه اثبات الغش في جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن .

١٢٥ — وينتقد البعض الحكم الذي أتى به المشرع للحالة الثانية . فطالبوا أنه لم يتم شهر اعسار المدين . وظلت بالتالى اجراءات التنفيذ الفردية ضده جائزة . فان مبادرة الدائن لاستيفاء دينه المستحق الأداء تعتبر أمرا مشروعاً . وهذا فضلاً عن أنه اذا كان يسهل افتراض الغش في جانب المدين الذى يسعى الى ايثار أحد دائنيه على سائرهم ، فانه على العكس لا يمكن تصور الغش في جانب الدائن أو تواطؤه مع المدين اضراراً ببقية الدائنين . اذا كان لم يحصل بهذا الوفاء الا على ما هو مستحق له (١) .

٢ — الضمان الخاص :

١٢٦ — اذا كان المدين في تربيته للضمان الخاص قد حصل

= يقول : ان من يئى دينه لا يفقر وانما يغنى . وانظر مارتى ورينو الذين يقولان ان الاصل في الوفاء عدم جواز الطعن فيه بهذه الدعوى : بند ٧٠٦ . وبوجه عام انظر :

Colombet : De la règle que l'action Paulienne n'est pas recevable contre les paiements. R.T. 1965 p. 5 et 5.

اما في القضاء الفرنسى : فالميل هو الى امكان الطعن في الوفاء بالدعوى البوليصية « متى كان قد تم على اثر غش مدبر قصد تشييب ضرر غير مشروع للدائنين » . انظر نقض ١٧/٧/١٩٤٥ د ١٩٤٦ — س ٢٠١ نقض ١٨٩٦/٧/٧ د ١٨٩٦ — ١ — ١٥١٩ .

كذلك يقبل القضاء الفرنسى ، بسهولة اكبر ، الطعن بالدعوى البوليصية في « الوفاء بمقابل » ، تأسيساً على ان اللجوء الى هذا النوع من الوفاء ليس ضروريا بالنسبة للدائن ، وان فرص الاضرار بالدائنين فيه تكون اكبر لان المدين قد يفي بشئ من قيمة اكبر . انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٠٠/١/٣٠ د ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦ ، استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٢ (ج.ك.ب ١٩٣٨ — ٢ — ٤٩٢) وتعليق دالان ، نقض (عرائض) ١٩٤١/٢/٢٤ (ج.ك.ب ١٩٤٢ — ٢ — ١٩١٨) وتعليق بيكيه ، وانظر في التأسيس سابق الاشارة : ستارك بند ٢٥٩٥ ، مارتى ورينو بند ٧٠٦ .

(١) في هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكى بند .

على مقابله من الدائن (كأن مد له أجل الدين في مقابل الرهن) كان تصرف المدين في حكم المعاوضة . وجاز الطعن فيه بالشروط الخاصة للطعن في هذا النوع من التصرفات . وهى ضرورة الغش من جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن . أما اذا كان قد قدم هذا الضمان دون مقابل . أخذ تصرفه حكم التبرعات وجاز الطعن فيه دون حاجة لاثبات الغش أو التواطؤ . فاذا نجحت الدعوى البولصية ترتب عليها حرمان الدائن من الميزة التى قرر لها المدين . وذلك بعدم نفاذ ضمانه الخاص في مواجهة باقى الدائنين (م ١/٢٤٢) .

ثالثا — الشروط التى تتعلق بالمدين :

١٢٧ — فى ضوء الهدف من الدعوى البولصية وهو المحافظة على الضمان العام للدائنين . بقصد استيفائهم كامل حقوقهم من ذمة المدين المالية : يمكن رد الشروط التى تتعلق بالمدين الى شرطين : الاعسار والغش .

١ — الاعسار :

١٢٨ — ويقصد به هنا الاعسار الفعلى ^(١) ، على النحو الذى بيناه فى خصوص الدعوى غير المباشرة ^(٢) . فاذا تسبب تصرف المدين فى اعساره ، بأن كان موسرا قبله ثم أعسر بسبب هذا التصرف : أو أدى الى زيادة اعساره بأن كان معسرا قبله فزاد التصرف من هذا الاعسار : كان من حق الدائن أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية ^(٣) .

(١) أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٢) ولا يعد حجة فى نفي هذا الاعسار : القضاء برفض شهر الاعسار لعدم توافر الاعسار القانونى للمدين . أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٨ سابق الإشارة .

(٣) وترى محكمة النقض الفرنسية ، انه يمكن للدائن ان يطعن بالدعوى البولصية ولو كان تصرف مدينه لا يؤدي الى اعساره ، ما دام هذا التصرف قد تعلق بمال محدد يشكل ضمانا خاصا للدائن (كمين مرهونة ضمانا لحق هذا الدائن) ، وذلك تأسيسا على ان غش المدين فى هذه الحالة ، من شأنه أن يقلل فرصة حصول الدائن على حقه . أنظر نقض =

ويظل التسبب في الاعسار أو الزيادة فيه أمرا متصورا حتى ولو كان تصرف المدين معاوضة كأن يبيع بثمن بخس مثلا أو يشتري بثمن يفوق قيمة الشيء .

١٢٩ — على أنه يلزم من ناحية أخرى حتى يكون هناك من مبرر لتذمر الدائن أن تظل حالة الاعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى . لأنه إذا أصبح المدين موسرا في هذا الوقت ولأى سبب : لم يعد للدائن مصلحة في رفع الدعوى البولصية للطعن في تصرف كان قد أدى الى اعسار مدينه .

١٣٠ — هذا ويتعين على الدائن وفقا للقواعد العامة أن يقيم الدليل على اعسار المدين بالمعنى السابق . غير أن المشرع قد خفف من مهمته في هذا الشأن حين لم يوجب عليه في المادة ٢٣٩ « الا أن يثبت مقدار ما في ذمته — أى المدين — من ديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » .

٢ — الفش :

١٣١ — لا يكفي أن يكون تصرف المدين قد أضر بالدائن لما أدى اليه من اعساره أو الزيادة فيه ، وانما يلزم أيضا أن يكون

= ١٩٨٠/١٠/١٥ (د . ١٩٨١ — ٢٤٨ وملاحظة فاسير) . وفي نفس الاتجاه : استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (د . ١٩٣٩ — ١ — ٨١ وتعليق رادوان) . نقض (اجتماعي) ١٩٤١/١٢/١٩ (ج . ك . ب ١٩٤٢ — ٢ — ١٨٠٩ وتعليق بيكيه) .

بل قضى بامتناد الدعوى البوليصية لتشمل تصرف المدين في مال محدد كان قد وعد الدائن ببيعه له (وبالمخالفة لهذا الوعد) : أنظر : نقض (عرائض) ١٩٢٦/١/١٢ (د . ١٩٢٦ — ١ — ١١٦) : وأنظر أيضا : نقض عرائض ١٩٤٠/٨/٢٨ (س . ١٩٤٠ — ١ — ١٠٣) : نقض ١٩٤٨/٤/١٠ (ج . ب ١٩٤٨ — ١ — ٢٧٥ ، د . ١٩٤٨ — ٤٢١ وتعليق اينوان ، ج . ك . ب ١٩٤٨ — ٢ — ٤٤٠٣ وتعليق بيكيه ، ر . ت ١٩٤٨ ص ٢٤٥ وملاحظات هنري وليون مازو ، ص ٣٤٩ وملاحظات كاربونييه) . وأنظر في نقض هذا التوسع مارتى ورينو بند ٦٩٩ .

المدين قد قصد بهذا التصرف الى هذه النتيجة • أو كما عبرت
المادة ٢٣٨ ، أن يكون التصرف « منطويا على غش من المدين » •

ووفقا للقواعد العامة في الاثبات . سيكون من المتعين على الدائن
أن يقيم الدليل على هذا الغش . بمعنى أن يثبت أن المدين قد قصد
بتصرفه الى التخلص من الوفاء بالتزامه في مواجهة الدائن عن طريق
انقاص ضمانه العام على أمواله • غير أنه نظرا لصعوبة هذا الاثبات
فقد أقام المشرع في المادة ٢٣٨ لمصلحة الدائن قرينة يكفى بمقتضاها
« لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين
وهو عالم أنه معسر » ^(١) • حين يتعين على هذا الأخير : اذا شاء ،
أن يدحض هذه القرينة اقامة الدليل على أنه بالرغم من علمه الا أنه
كان لا يقصد بالتصرف الاضرار بدائنه وانما كان يحدوه فيه باعث
مشروع (كحصوله على حاجاته الضرورية ، أو ترويج أمواله بهدف
الوفاء بحقوق الدائنين مما تدره من ربح كان يتوقعه) •

١٣٢ — غير أنه اذا كان تصرف المدين معاوضة • فإنه يلزم
في الواقع حماية المتصرف اليه حسن النية الذي لا يطم شيئا عن مقاصد
المدين (المتصرف) • لذلك تستوجب المادة ٢٣٧ لامكان الطعن
بالدعوى البولصية فضلا عن غش المدين • أن يكون من صدر له
التصرف « على علم بهذا الغش » ^(٢) • وقد أقام المشرع في هذه
الحالة بدورها ، قرينة لمصلحة الدائن يعتبر بمقتضاها « من صدر

(١) والفقه الفرنسي لا يستلزم • بدوره • للقول بوجود الغش في
جانب المدين • أن يكون هذا الأخير قد تعمد الاضرار بالدائنين • وانما
يكفى • لذلك • علم المدين بالضرر الذي سوف يسببه للدائنين نتيجة
لما سيؤدي اليه تصرفه من اعساره أو الزيادة في هذا الاعسار • أنظر
في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٥٩ • وفي نفس
الاتجاه : استئناف دونبيلييه ١٩٣٢/٧/٧ د ١٩٣٣ • ١ — ٩٧ وتطبيق
مارسيل ناسي •

(٢) ورغم أن المادة ١١٦٧ مدني فرنسي لا تستلزم هذا الشرط •
الا أنه شرط مسلم به في الفقه • أخذا بقتاليد هذه الدعوى في القسانون
الروماني • أشار لذلك كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٦٠ •

له التصرف علما بغش المدين • اذا كان قد علم أن هذا المدين معسرا » (٢:١) •

وهكذا يلزم في المعاوضات • ونظرا لضرورة استقرار المعاملات • أن يكون هنالك غشا من جانب المدين • وتواطؤا من جانب المتصرف اليه (٤:٣) •

١٣٣ — أما اذا كان المدين قد تصرف تبرعا فان من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية « ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا » (٥) (م ٢٣٨ ٣) •

والحكمة في التفرقة الثانية بين التبرعات والمعاوضات • أن الغير الذي تعاقد بعوض مع المدين انما يسعى الى درء مغرم حين أن من كسب المال تبرعا انما يسعى الى جلب مغنم • وقد فضل الشارع مصلحة الأول على مصلحة الثاني تحقيقا للعدالة •

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية • بأن استخلاص علم المتصرف اليه • أن التصرف سبب اعسار المدين • هو من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع • نقض ١٩٧٥/١٢/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ •

(٢) أما في فرنسا • حيث لا نص • فان الفقه يرى ان عبء الاثبات هذا يقع على الدائن • في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بنيد ٢٦٠ • ومن تطبيقات القضاء نقض (عرائض) ١٩١٣/١/٦ (د . ١٩١٤ — ١ — ٤٠) • اذ قضت بضرورة ان يثبت ان المتصرف اليه كان يعرف هو الآخر مركز المدين والعواقب التي يمكن أن يسببها تصرفه للدائنين • وانظر أيضا : مونبيلييه ١٩٣٢/٧/٧ سابق الإشارة •

(٣) انظر : نقض مصري ١٩٧٣/١٢/٤ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص ١٢١٣ • نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة ٢٢ — ٨٩ — ٥٦٥ • وفي فرنسا نقض ١٩٨٣/١/٢٥ (د . ١٩٨٣ — أ . ر — ٣٠٦) •

(٤) وبديهي أن تقدير دليل التواطؤ والعلم باعسار المدين • كشرط لعدم نفاذ تصرفه • هو من المسائل التي نترك لمحضر سلطة محكمة الموضوع التقديرية • في هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ •

(٥) في هذا المعنى أيضا : نقض فرنسي ١٩٨١/٤/٢٣ (د . ١٩٨١ —

تصرف المتصرف اليه فيما تلقاه من المدين :

١٣٤ — قد يتصرف المتصرف اليه في الشيء الذي آل اليه من المدين لشخص ثالث • فنكون بهذا الشكل أمام تصرفين :

تصرف من المدين الى متصرف اليه أول • ثم تصرف من هذا الأخير الى متصرف اليه ثان • وقد واجه المشرع هذا الفرض ونظم حكمه على أساس من ضرورة النظر الى كل تصرف على حدة • وما اذا كان هذا التصرف معاوضة أم تبرعا : ليتعين على الدائن أن يقيم الدليل على الغش والتواطؤ حسب ظروف كل تصرف • هتقضى في هذا الشأن الفقرة ٣ من المادة ٢٣٨ بأنه « واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر • فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف • الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض • أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » •

وهكذا يمكن تصور الفروض الأربعة التالية :

١ — أن يكون كل من التصرف الأول (في العلاقة بين المدين والمتصرف اليه الأول) والتصرف الثاني (في العلاقة بين المتصرف اليه الأول والمتصرف اليه الثاني) معاوضة : عندئذ يتعين اقامة الدليل على الغش والتواطؤ في التصرفين ، بمعنى أن يثبت الدائن غش المدين وعلم المتصرف اليه الأول وعلم المتصرف اليه الثاني بهذا الغش •

٢ — أن يكون كل من التصرف الأول والتصرف الثاني تبرعا عندئذ لا يشترط غش المدين أو المتصرف اليه الأول أو المتصرف اليه الثاني •

٣ — أن يكون التصرف الأول معاوضة والثاني تبرعا : وعندئذ يتعين على الدائن أن يثبت غش المدين وعلم المتصرف اليه الأول ، ولا يلزم باثبات علم المتصرف اليه الثاني •

٤ — أن يكون التصرف الأول تبرعا والثاني معاوضة : وعندئذ لا يشترط اثبات غش المدين أو علم المتصرف اليه الأول : وانما يلزم علم المتصرف اليه الثاني بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه للخلف الأول .

آثار الدعوى البولصية :

١٣٥ — ليس من الدقة أن توصف هذه الدعوى بأنها دعوى ابطال (١) (٢) التصرفات الصادرة من المدين اضرارا بدائنيته : ما دام أن البطلان هو وصف يلحق تصرفا قانونيا لم يستكمل الشروط التي يستلزمها القانون لقيامه . حين أن التصرف الذي يطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية هو تصرف صحيح تماما بين طرفيه وكل ما يقصده الدائن من هذه الدعوى هو اعتباره من الغير في خصوص هذا التصرف حتى لا يحتج به في مواجهته .

ومن هنا جاءت تسمية هذه الدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن . لأنه فيما عدا هذا الأثر يبقى التصرف قائما بين طرفيه (المدين والمتصرف اليه) .

١ — عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن :

١٣٦ — يترتب على نجاح الدعوى البولصية عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن . فيبقى لهذا الأخير الحق في التنفيذ على المال موضوع التصرف ، كما لو كان لم يخرج من ذمة المدين المالية .

(١) ومن رآوا في هذه الدعوى دعوى بطلان : وان كان من نوع خاص : جوسران بند ٧٠٤ — كذلك استخدمت محكمة النقض المصرية هذه اللفظة في أحد أحكامها ، وبصدد هذه الدعوى : انظر نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥ .
(٢) راجع في طبيعة هذه الدعوى :

J — ACHER : Essai sur la nature de l'action paulienne.
Rev. trim. 1906 p.

مارتى ورينو بند ٧١٩ الى ٧٢٢ ، ستارك بند ٢٥٨٢ ، ود . السنهوري بند ٥٩٩ ، د . أبو ستيت بند ٦٤٥ ، د . الصدة بند ٥٦ ، د . البدراوى بند ١١٣ .

(م ٨ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

غير أن هذه النتيجة وفقا للمادة ٢٤٠ مدنى لا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى وحده ^(١) ، لأنه بموجب هذه المادة « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم » ^(٢) . ولعل ما قررته هذه المادة ، بالمخالفة لقاعدة نسبية أثر الحكم ، يقضى على جانب كبير من الأهمية العملية للدعوى البولصية طالما أن الدائن الذى يتحمس الى رفعها ، يعلم منذ البداية أنه لن يستأثر بحصيلتها وانما سيشاركه فيها من لم يقتسم معه من الدائنين الآخرين مشقة رفعها . على أن يكون من المفهوم أننا نقصد بالدائنين الآخرين فى هذا الصدد ، الدائنين الذين توافر فيهم شروط رفع الدعوى البولصية ، بمعنى الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف المطعون فيه .

٢ — بقاء التصرف صحيحا فيما بين المتعاقدين (٣) :

١٣٧ — فيما عدا الأثر السابق يظل التصرف قائما صحيحا بين طرفيه ، المدين والمتصرف اليه . وتفرعا على ذلك :

(أ) يكون الباقي من ثمن الشئ بعد التنفيذ عليه (اذا كان موضوع الدعوى البولصية الطعن فى عقد بيع) من حق المتصرف اليه (المشتري) ، لا المدين (البائع) .

(١) انظر عكس ذلك ، وتطبيقا لمبدأ نسبية اثر الحكم : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٨ ، وانظر ايضا : جوسران بنسب ٧٠٢ ، نقض ١٩٢٣/١٢/٤ (د. ١٩٢٤ — ٢٢ ، س ١٩٢٤ — ١ — ٢٥٤ وتعليق كولان) .

(٢) ويشير جوسران (بنسب ٧٠٢) الى أن البعض فى الفقه وبعض احكام القضاء ، كان يأخذ بهذا الحل ايضا ، وذلك قياسا على الدعوى غير المباشرة ، وتأسيسا ايضا على فكرتى الوكالة والفضالة . فى معنى أن الدائن رافع الدعوى البولصية يكون قد تصرف كوكيل او فضولى عن باقى المدينين . ويذكر أن هذا الاتجاه أصبح مهجورا : فالدعوى البولصية ، على العكس من الدعوى غير المباشرة ، إنما ترفع باسم الدائن شخصا . ولأن نية تمثيل الدائنين الآخرين لا تكون فى الواقع لدى الدائن رافع هذه الدعوى .

(٣) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٢/٦/١٢ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

(ب) للمتصرف اليه أن يرجع على المدين بجميع الدفعات الناشئة من العقد الذي يربطه به . فله مثلاً أن يطلب الفسخ بالنظر الى ما أدت اليه الدعوى البولصية من عدم تنفيذ العقد . كما يستطيع — اذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً — أن يرجع عليه (مثلما يرجع كل مشتري) بضمان الاستحقاق : وقد ترتب على الدعوى البولصية انتزاع المبيع من تحت يده .

(ج) للمتصرف اليه ، وقد استوفى الدائن حقه من ماله ، أن يرجع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب .

٣ — تخلص المتصرف اليه من الدعوى :

١٣٨ — ويبقى أنه « اذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بايداعه خزينة المحكمة » (م ٢٤١) . ولا يعدو ما قرره المشرع بهذا النص أن يكون في الواقع تطبيقاً لمبدأ لا دعوى حيث لا مصلحة لأن الدائن ، وقد أعاد من تلقى الحق من المدين ذمة هذا الأخير المالية لوضعها الأصلي ، بمعنى أعاد الضمان العام الى ما كان عليه قبل التصرف المطعون فيه لا يكون له من مصلحة في الاستمرار في هذه الدعوى .

تقادم الدعوى البولصية :

١٣٩ — ولما كان امكان الطعن على تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجعل نفاذه مهدداً ، وكان من غير المقبول أن يبقى هذا التهديد قائماً لمدة طويلة ، فقد حدد المشرع لسقوط هذه الدعوى بالتقادم : مدة قصيرة ، هي ثلاث سنوات ، تحسب من اليوم الذي يعلم ^(١) فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ^(٢) . وبحد أقصى ،

(١) انظر نقض مصرى ١١/١/١٩٧٧ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٤٦ ص ١٩٤ .

(٢) وبديهي أن علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لا يفترض ، ومن ثم فان على من يتمسك بهذا الدفع ، أن يثبت هذا العلم وتاريخه ، ولا يكفي اثبات علمه بحصول التصرف . في هذا المعنى نقض ١٢/٦/١٩٧٩ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ١٧١ .

في جميع الأحوال : خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف
المطعون فيه • (م ٢٤٣) •

المبحث الثالث

دعوى الصورية (٢٤١)

Action en déclaration de Simulation

تمهيد :

• ١٤ — اذا كان المشرع قد كفل للدائنين الحق في رفع الدعوى
غير المباشرة لمواجهة موقف سلبي من جانب مدين مهمل : والدعوى
البولصية لحماية ضمانهم العام من جراء موقف ايجابي من مدين
سوء النية قصد بتصرفه الاضرار بهم . فان الضمان العام للدائنين
لا يزال يتصور تأثره من جراء اصطناع المدين لمظهر تصرف غير جدي ،
لو لم يعلم الدائن حقيقته لأثر رغم مظهريته . على ضمانه العام . هذا
المظهر الكاذب الذي يخفي حقيقة تصرف المدين هو ما يعرف بالصورية .

ولذلك ، ولأحكام الحفاظ على الضمان العام ، خول المشرع
الدائنين الحق في الكشف عن حقيقة هذه المظاهر الكاذبة : وذلك برفع
دعوى الصورية •

(١) انظر في هذا الموضوع : أحمد مرزوق : في نظرية الصورية
في التشريع المصري . رسالة القاهرة ١٩٥٨ ،

ROCHET (E) : La simulation en droit civil en en droit
fiscal. These Toulouse 1906, Bredin (J.D.) : Remarques sur
la conception jurisprudentielle de l'acte simulé. R.T. 1956 p.
261 - 289 ; DAGOT (M) : La simulation en droit privé 1967 :
PLANIOL (M) : De l'action en déclaration de simulation. R.
crit 1886 p. 622 - 642 No 9 ;

(٢) عالج المشرع الفرنسي ، الصورية ، في المادة ١٣٢١ ، في الباب
المخصص للاثبات بحسبانها من مسائله ، ، ناظرا في ذلك الى ورقة الضد
كمحرر لاثبات صورية العقد الظاهر . راجع في نقد هذا المنهج (على
أساس من ان الأمر يتعلق في الحقيقة بآثار العقد) : جوجلار (دروس
مازو) بند ٨١٢ •

غير أنه يجدر التنويه : بأن المدين : في اتجاهه الى اخفاء حقيقة تصرفه : قد لا يقصد بذلك الاضرار بدائنيه وانما يقصد ^(١) باعثا مشروعا ، كما أن الصورية بذاتها لا تعتبر سببا لبطلان التصرف القانوني ^(٢) ، اذ من حق الأفراد أن يخفوا حقيقة ما اتفقوا عليه تحت أى مظهر مخالف : شريطة ألا تكون هذه الحقيقة مخالفة للنظام العام أو الآداب ^(٣) . وعندئذ يكون من المتصور أن يلجأ أحد أطراف هذا التصرف الصوري الى رفع دعوى صورية ، للكشف عن حقيقة التصرف ^(٤) .

وهكذا يجب أن يكون من الواضح أن الصورية نظرية عامة : وأن دعواها لا تقتصر على مجال حماية الضمان العام للدائنين .

تعريف الصورية — وأنواعها :

١٤١ — يمكننا تعريف الصورية بأنها اخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر مصطنع ^(٥) أو في عبارة أخرى ، اصطناع مظهر كاذب عند ابرام تصرف قانوني واخفاء هذا التصرف تحت هذا المظهر .

(١) كما لو أراد مثلا ان يهب لشخص ، سبق ان أسدى اليه معروفا ، دون أن يستثير بقبوله له حفيظة أقربائه ، فيستر الهبة ، مثلا ، تحت ستار عقد بيع .

(٢) في هذا المعنى : روشيه ص ٣١ . وبعض القوانين المقارنة (كالقانون الألماني ، والإيطالي ، والأسباني ، والبرتغالي والبويسري) تقرر هذا المبدأ صراحة : اشار لذلك داجو ص ١٧٤ بند ١٧٢ .

(٣) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٧٤ .

(٤) انما يلزم في هذه الحالة ، وكما اكدته محكمة النقض المصرية ان يكون الطعن بالصورية صريحا جازما في معناها . هذا المعنى الذى لا يفيد — مثلا — مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال « لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً » ، « لأن الصورية انما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً في نية عاقدية . أما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ، ومن قيام الرغبة في احداث آثار قانونية له » . نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

(٥) ويعرفها كاربونييه بأنها « كذب مدبر بين المتعاقدين »

« Un mensonge concerté entre les contractants »

ص ١٢٧ بند ٣٩ .

وقد يتصل الاخفاء بالتصرف ذاته : وقد يرد على أطراف هذا التصرف • وفي النوع الأول تتدرج الصورية من النسبية الى الاطلاق ، فقد لا تحجب الا جزءا من حقيقة التصرف ، وقد تكون مجرد مظهر مصطنع لتصرف لا وجود له في الحقيقة • وهكذا يمكن التمييز بين عدة أنواع من الصورية على النحو التالي :

١ — صورية مطلقة ترد على التصرف ذاته :

١٤٢ — حين يتفق العاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه ارادتهما اطلاقا اليه • أو في عبارة أخرى ، حين تنعدم الحقيقة كلية وراء هذا المظهر الكاذب (١) • ومثالها : حالة المدين الذي يريد تهريب بعض أمواله من ضمان الدائنين ، فيتفق مع شخص آخر على اصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال حين أنهما في الحقيقة لم يقصدا الى هذا البيع ، وبالتالي لم يقبض المدين ثمة شيء من ذلك المشتري الصوري • وعادة يحتاط المدين لنفسه في مواجهة هذا الأخير فيستكتبه اقرارا يسمى ورقة الضد *Contre — lettre* بأن هذا البيع لا وجود له في الحقيقة •

٢ — صورية نسبية ترد على تكيف التصرف :

١٤٣ — حين تتجه الارادة الحقيقية للمتعاقدين الى ابرام تصرف معين ولكنهما يتفقان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه في الطبيعة ، ومثالها : أن يستر المتعاقدان عقد الهبة في صورة بيع ، وذلك مثلا بقصد جعل استعمال الدعوى البولصية أكثر صعوبة ومشقة على الدائنين •

(١) وتطبيقا لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية ، بأن العقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له ، ومن ثم فلا محل لتوجيه طلب الشفعة الى المشتريين في هذا العقد في ١٤/٤/١٩٧٠ المجموعة السنة ٢١ رقم ٩٩ ص ٦١٨ ، كما قضت بأن قاعدة الأسبقية في التسجيل لا مجال لعمالها اذا كان أحد العقدين سوريا صورية مطلقة في ٢١/٥/١٩٧٠ المجموعة ٢١ — ١٤٢ — ٨٨٦ •

٣ — صورة نسبية ترد على شرط في العقد :

١٤٤ — كأن يذكر المتعاقدان في عقد البيع ثمنًا مخالفًا لما اتفقا عليه في الحقيقة • أما بالنقص : للتهرب من رسوم التسجيل مثالًا أو بالزيادة لعاقة الشفيح مثالًا عن التمسك بالشفعة •

٤ — صورة ترد على أحد أشخاص التصرف :

١٤٥ — ويطلق على هذا النوع من الصورة اصطلاح « التسخير » (١) (٢) • حين يتفق العاقدان على اخفاء شخصية أحدهما وراء شخص آخر إذا كان القانون يمنع ذى الشخصية المخفية من إبرام تصرفات معينة بسبب صفته • فالمادة ٤٣١ مدنى على سبيل المثال — تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ، والتي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها • عندئذ : قد يعتمد المتعاقدان — تحايلا على هذا النص — الى اخفاء شخصية المشتري (عامل القضاء) تحت ستار شخص آخر يتم تسخيره لهذا الغرض •

على أن التسخير • الذى يفترض أن تكون حقيقته الشخصية المستورة معلومة للمتعاقد الآخر ، يختلف في الواقع عما يسمى « بالاسم المستعار » (٣) حين تختفى شخصية المتعاقد الحقيقى خلف شخصية

(١) L'interposition de personnes.

(٢) راجع في هذا الموضوع : الصورة بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الأشخاص في المعاملات القانونية) ، بحث على الآلة الكاتبة • للمؤلف ؛

BOURGUIGNON (P) : Notion juridique de l'interposition de personne Thèse Paris 1960 ; DAGOT (M) : Interposition de personne (Encyclopédie - Dalloz). T. 4 2éd ; JAUBERT (M) : De divers cas d'interposition de personne. R. crit. 1905 p. 156 - 175.

(٣) prêt - nom ، انظر في تفاصيل التفرقة بينهما : بحث المؤلف ، سابق الإشارة ، الصفحات من ٢٥ — ٣١ •

آخر يتعاقد مع الطرف الثاني في العقد : الذي لا يعلم بعقيدة شخص الطرف الأول (١) .

مفترضات الصورية (٢) :

١٤٦ — ويبدو مما تقدم أن هناك أمورا أربعة يجب توافرها حتى تتحقق الصورية : فيجب — أولا — أن يكون هناك عقدان . عقد حقيقي اتجهت اليه ارادة الطرفين وعقد صوري . ويجب — ثانيا — أن يختلف العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط . ويجب — ثالثا — أن يتعاصر العقدان بمعنى أن يتما في وقت واحد ، والا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق (٣) . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا بالمعاصرة الذهنية (٤) التي تتحقق اذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق . كما يجب — رابعا وأخيرا — اخفاء التصرف الحقيقي وإبراز التصرف المصطنع .

شروط دعوى الصورية التي يرفعها الدائن للحفاظ على الضمان العام :

١٤٧ — اذا أراد الدائن (٥) أن يرفع دعوى الصورية كوسيلة

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الاسم المستعار يكون ملتزما شخصا وبشكل مباشر ، في مواجهة من تعاقد معه بهذه الصفة ، حتى ولو كان هذا المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة . نقض (تجاري) ١٩٨٢/٤/٢٦ (د. ١٩٨٢ — أ.ر. — ٣٥٢) .

(٢) أنظر في النفقة بين الصورية وبين بعض الأنظمة التي قد تقترب منها ، وبالأخص عيوب الرضا (الخلط والتدليس) ، والغش ، والتخلف الذهني ، والتكييف الخاطيء . بحث المؤلف سابق الإشارة ، الصفحات من ١٣ — ٢٥ .

(٣) في هذا المعنى : ستارك بند ١٦٩١ .

(٤) في هذا المعنى : د. السنهوري بند ٦١٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٠٤ ، وقرب : ستارك بند ١٦٩١ ، ومن أحكام القضاء المصري نقض ١٩٤٩/١٢/١ المجموعة السنة ١ رقم ١٣ ص ٤٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥ المجموعة ١ — ٣٠ — ١٠٢ .

(٥) وتجدر الإشارة الى أن لكل ذي مصلحة في الكشف عن صورية تصرف ، أن يرفع دعوى الصورية . ولا يحدد القانون المصري ، ولا القانون الفرنسي مدة يتعين رفع هذه الدعوى خلالها . أنظر في هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٤ .

للمحافظة على ضمانه العام . فانه : وهو لا يقصد أكثر من اثبات حقيقة تصرف المدين . لا يشترط في حق هذا الدائن سوى أن يكون خاليا من النزاع ^(١) . حتى ولو كان غير مستحق الأداء . كما لا يشترط في هذا الحق أن يكون سابقا على التصرف المطعون فيه . ولا أن يكون المدين قد قصد بالتصرف الصوري الاضرار بالدائن ^(٢) حتى ولو كان هذا التصرف معاوضة . ولا أن يكون هذا التصرف قد سبب اعسار المدين . وان كان الغالب في هذا الفرض الأخير . أن الدائن لن يتحمس الى رفع الدعوى حين لن تكون له في الأعم الأغلب مصلحة في رفعها ^(٣) .

١٤٨ - ويقف وراء تخلف دعوى الصورية من كثير من شروط الدعوى البوليسية كما هو واضح أن الأخيرة أشد خطرا من الأولى . اذ يهاجم بها الدائن تصرفا حقيقيا أضرب بحقوقه : توصلا الى عدم نفاذه في مواجهته . فتمثل بهذا الشكل قيда على حرية المدين في التصرف . حين لا يترتب على الثانية تفويت ارادة المتعاقدين : وانما على العكس يقتصر الدائن برفعها على اثبات حقيقة هذه الارادة باثبات صورية التصرف الظاهر .

احكام الصورية :

١٤٩ - تختلف احكام الصورية في العلاقة بين المتعاقدين عننا بالنسبة للغير :

-
- (١) في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٢٢ .
- (٢) في هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٧ (د. ١٩٦٧-١٢٧٨ .
- (٣) ويجوز للدائن اذا طعن على تصرف مدينه بالصورية واخفق في دعواه ، أن يرفع بعد ذلك دعوى عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته (الدعوى البوليسية) . كما يمكنه أن يجمع بين الطعن بالصورية وبعدم النفاذ في دعوى واحدة . انما لا يجوز له ، على العكس ، بعد أن يرفع دعوى عدم النفاذ ابتداء ويخفق فيها ، أن يعود ويرفع دعوى الصورية . راجع في هذه المعاني ، وفي تعليل عدم الجواز الأخير : نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٤ ص ١١٢٥ ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ٢٥ - ١٢٧ - ٧٧٣ .

١ — في العلاقة بين المتعاقدين ومن في حكمهم :

١٥٠ — قلنا أن الصورية تتم بالاتفاق بين طرفي تصرف على حجب حقيقة ما اتجهت إليه ارادتهما وراء مظهر كاذب . ومن ثم فإن المنطقي أن يكون التصرف الحقيقي (المستور) هو الذي يعتد به في مواجهة المتعاقدين بحسبانه التصرف الذي يعكس ارادتهما الحقيقية . ويأخذ حكم المتعاقدين في هذا الشأن خلفهما العام (كالورثة) وفي هذا الصدد تقضى المادة ٢٤٥ بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » .

١٥١ — ومتى كان ذلك فإنه يجب البحث عن مدى توافر أركان وشروط التصرف القانوني ، في التصرف الحقيقي وليس الصوري . فإذا كان العاقدان — على سبيل المثال — قد أخفيا الهبة في صورة عقد بيع ، تعين أن تكون الهبة مستوفية كل شرائطها : فيلزم أن يكون البائع الصوري (الواهب في الحقيقة) أهلا للتبرع وليس البيع . ويكفي أن يكون المشتري الصوري (الموهوب له في الحقيقة) أهلا لمباشرة الأعمال النافعة نفعا محضا . كما يمكن للبائع الصوري (الواهب) أن يرجع في هذا التصرف وفق أحكام الرجوع في الهبة .

ولا يبقى من أهمية لستر الهبة في صورة عقد البيع إلا من حيث اعفائها من شرط الشكل .

١٥٢ — لكن لما كانت الصورية ترد على خلاف الأصل ، تعين على من يدعى من المتعاقدين صورية التصرف الظاهر ، أن يثبت حقيقة ما يدعيه بإثبات التصرف الحقيقي . فإذا كانت قيمة هذا الأخير تتجاوز عشرين جنيها وجب اثباته بالكتابة . وكذلك الحال لو كان التصرف الصوري ثابتا بالكتابة ، إذ يتعين في هذه الحالة اثبات التصرف الحقيقي بالكتابة أيضا ولو كانت قيمته أقل من عشرين جنيها ، لأن مدعى الصورية في هذه الحالة يريد اثبات عكس ما ثبت بالكتابة ، وهو

ما لا يجوز الا بالكتابة أيضا (١) (٢) . على أنه اذا كان المقصود من الصورية هو التحايل على القانون جاز لدعيها أن يثبتها بجميع طرق الاثبات (٣) (٤) . فاذا نجح في الكشف عن الصورية . وكان الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان بها ، هو اخفاء عدم مشروعية عقد . بستره وراء عقد آخر صحيح . ترتب على انكشاف الصورية بطلان

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٣٣ ص ٦٧٧ . نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥ — ٩٢ — ٥٧٥ . نقض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة ٢٢ — ٦٧ — ٤٢٤ . وفى نفس المعنى انظر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٨ .

(٢) أو بمبدأ الثبوت بالكتابة ، متى عززته البيئة والقرائن . انظر نقض ١٩٧٢/٥/٢٢ المجموعة السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٩ ، ونقض فرنسى ١٩٧٠/٧/١٦ (ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ١٢٤٠ . نقض فرنسى ١٩٦٥/١٢/١ اشار اليه ستارك ص ٥١٣ هـ ٣٤ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء نقض ١٩٧٤/١/٢١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٥ ص ٢٥٩ ، نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥ — ٩٢ — ٥٧٥ ، نقض ١٩٧١/٦/٢٢ المجموعة ٢٢ — ١٢٩ — ٧٩٢ (وكان الأمر فى هذه الدعوى متعلقا بتقديم تاريخ عقد لاختفاء صدوره أثناء عته البائع) . وفى فرنسا : نقض ١٩٦٨/١١/١٣ (د. ١٩٦٩ — ٩٧) ، نقض ١٩٦٤/١١/١٠ (ج.ب ١٩٦٥ — ١ — ٦٨ فى خصوص خلف عام) .

كذلك ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ، أن عدم خضوع الأماكن المؤجرة مفروشة ، للتحديد القانونى للأجرة . مشروط بالأى يكون قصد المتعاقدين هو التحايل على القانون . واعترفت المحكمة ، فى هذا الحكم ، لمحكمة الموضوع ، بسلطانها فى تقدير جدية أو صورية الفرش ، منتبهة الى جواز اثبات الصورية ، فى هذه الحالة ، بكافة الطرق : نقض ١٩٧٨/٢/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٨١ ص ٤٠٨ .

وراجع فى حصر هذا الجواز ، فى الفرض الذى يكون التحايل فيه قد تم لمصلحة أحد طرفى التصرف الصورى ، تأسيسا على أن مدعى الصورية فى هذه الحالة يقوم به مانع من الحصول على دليل كتابى على التصرف الحقيقى ، حيث أن من تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم له هذا الدليل . وأنه — بالتالى — اذا ما كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الاضرار بالغير ، فإنه لا يجوز لأى من طرفى التصرف ولا الخلف العام لهما أن يثبت ما يخالف الكتابة الا بالكتابة : د. اسماعيل غانم بند ٨٩ .

(٤) ويلاحظ أن بعض الأحكام فى فرنسا ، تجعل ، من حيث المبدأ . كل صورية تفرغ فى محرر رسمى ، تشكل غشا نحو القانون يجوز اثباته بكل الطرق . انظر مثلا : محكمة السين الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج.ب ١٩٦٥ — ٢ — ٣٩٠) ، راجع فى نقد هذا الاتجاه جوجلار (دروس مازو) ص ٨٣٣ هـ ١ .

العقد الحقيقي (١) . أما اذا كان لا يقصد بالتحايل اخفاء عدم مشروعية تصرف : اقتصر أثر الكشف عن الصورية على منع تحقيق الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان بالتحايل (٢) (٣) .

٢ — بالنسبة للغير :

(١) المقصود بالغير فى الصورية ، وحقهم فى التمسك بالعقد الحقيقى :

١٥٣ — والغير فى الصورية هو « كل من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى » (٤) . وقد ذكرت المادة ٢٤٤ طائفتين ، على الأخص : من الأغيار . وهما : دائنوا المتعاقدين ، والخلف الخاص لكل منهما .

وبديهى أن يكون للأغيار حق التمسك بالعقد الحقيقى متى كانت مصلحتهم فى ذلك . ومن ثم أن يثبتوا صورية العقد الظاهر الذى يضر بهم (٥) . وهم فى اثباتهم لهذه الصورية لا يكونون ملزمين بتقديم دليل كتابى عليها : حتى ولو كانت قيمة العقد الحقيقى تتجاوز عشرين جنيها أو كان العقد الصورى ثابتا بالكتابة . وعلى ذلك صراحة نص المادة

(١) ومثال ذلك ، أن يكون المشتري الحقيقى هو أحد عمال القضاء ، ويسخر المتعاقدان (البائع والمشتري الحقيقى) شخصا آخر للشراء بدلا منه .

(٢) ومثال ذلك أن يذكر فى عقد بيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى لتخفيض رسوم التسجيل ، اذ فى هذه الحالة لا يبطل البيع ، وإنما يكون لمكتب الشهر العقارى المختص : اذا انكشفت الصورية ، أن يقتضى الرسوم كاملة ، على أساس الثمن الحقيقى .

(٣) راجع فى تفاصيل أثر الصورية على العقد الحقيقى ، ستارك البنود من ١٧١٢ — ١٧١٨ .

(٤) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١/١٧ المجموعة ٢٩ — ٤٧ — ٢١٨ ، وانظر فى تعريف آخر له بأنه « كل ذى مصلحة ولو لم يكن بينه وبين طرفى العقد المطعون فيه رابطة عقدية » ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١ — ١٧٧ — ٩٠٤ ، وانظر أيضا : د. اسماعيل غانم بند ٩٠ .

(٥) وبديهى فى هذا الشأن ان يكون تقدير كفاية أدلة الصورية ، من المسائل التى يستقل بها قاضى الموضوع : انظر فى هذا المعنى نقض مصرى : ١٩٧٤/١/٢٢ المجموعة ٢٥ — ٣٧ — ٢١٦ ، ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة ٢٥ — ٤٥ — ٢٥٩ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ المجموعة ٢١ — ١١٦ — ٧١٤ .

٢٤٤ سابقة الإشارة « التي تقضى بأن لهم أن يثبتوا الصورية » بجميع الوسائل « (١) • ويبرر هذا الحكم أيضا : أن الغير — وعم بالفرد — ليسوا طرفا في العقد الصوري : لا يكون بإمكانهم أن يثبتوا أنفسهم دليلا كتابيا على صوريته (٢) • كما أن العقد الحقيقي — وهم ليسوا طرفا فيه أيضا — إنما ينزل منهم منزلة الواقعة المادية (٣) : وهذه يجوز اثباتها بجميع الطرق •

فلدائن البائع الصوري : على سبيل المثال ، أن يثبت بجميع الوسائل أن البيع الظاهر لا وجود له في حقيقة الأمر ، حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بحسابه لا يزال في ملك مدينه •

ولعله يكون من المناسب أن نشير في هذا الموضع الى امكان اثبات الصورية من قبل الغير بكافة طرق الاثبات ، ولو كان العقد الصوري رسميا ؛ اذ الطعن بالصورية لا يتناول في الحقيقة سلامة المحرر من الناحية المادية ، وإنما مدى مطابقة ما ورد فيه للحقيقة (٤) •

(ب) حق الغير ، حسن النية ، في التمسك بالعقد الظاهر :

١٥٤ — وقد يجد الغير مصلحته : على العكس ، في التمسك بالعقد الظاهر • ففي البيع الصوري مثلا ، تكون مصلحة دائن المشتري في التمسك بالعقد الظاهر • ليتمكن من التنفيذ بحقه على العين التي اشتراها مدينه • فهل يجوز له ذلك ؟

(١) انظر في هذا المعنى أيضا : نقض مصري ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١ — ١٧٧ — ٩٠٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨ — ٦٧ — ٣٢٨ : ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة ٢٤ — ١٦٨ — ٩٦٧ •

(٢) في هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٢ ..

(٣) في هذا المعنى : كاربونيه بند ٣٩ ص ١٢٩ • ١٣٠ •

(٤) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٨٠ ، ستارك بند ١٧٢٢ • وانظر أيضا : نقض فرنسي ١٩٣٥/١/٧ (س ١٩٣٥ — ١ — ١٢٨) : محكمة السين الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج.ب ١٩٦٥ — ٢ — ٣٩٠) •

في الحقيقة ، رغم أن العقد الصوري لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أنه ، على الأقل ، قد أنشأ مظهراً كاذباً ، يمكن أن يتصل بعلم الغير ، الذين يرتبون معاملهم على أساسه ، وهم في جهل بحقيقة الأمور . وعندئذ تقتضي فكرة استقرار التعامل ضرورة حمايتهم واعطائهم من ثم حق التمسك بالعقد الظاهر : طالما كانوا — وقت معاملهم ^(١) — حسنى النية لا يعلمون بأن هذا العقد صورياً ^(٢) . وهذا هو ما تقتضى به المادة ١/٢٤٤ التي نصت على أنه « إذا أبرم عقد صوري ، فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص : متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ... » .

١٥٥ — وبديهي أن يكون الأصل في هذا الشأن هو جهل الغير بالعقد المستتر ، بما يعنى أن من يدعى — على خلاف هذا الأصل — علمه به ، هو الذى يقع عليه عبء اثبات هذا الادعاء ^(٣) .

١٥٦ — ويتبادر الى الذهن ، في هذا الموضع ، التساؤل عما إذا كان يلزم لحرمان الغير من التمسك بالعقد الظاهر : اثبات علمه الفعلى بالعقد المستتر ، أم أنه يكفي في هذا الشأن ثبوت امكانية علمه به ؟ .

مثل هذا التساؤل يثور ، على الأخص ، في الفرض الذى تكون فيه ورقة الضد (العقد الحقيقى) قد أشيرت . وفي الاجابة عليه ،

(١) فالعبرة اذن في تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام « وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه . وانبنى عليه تعامله » . ومن ثم فإذا كان التعامل الذى تم بين الغير واحد طرفى العقد الصوري ، متعلقاً بنقل ملكية عقار ، يكون العبرة في تقدير حسن نية هذا الغير هي بوقت إبرام عقد البيع ونشوء الالتزام بنقل الملكية ، وليس بوقت انتقال هذه الأخيرة بالتسجيل . في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/١/٢٦ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٧ ص ٢٥٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩ — ٢٤٠ — ١٢٢٣ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨ — ٦٧ — ٣٢٨ ؛ ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢ — ٨٧ — ٥٥٣ ، وانظر أيضاً نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/١٢/٨ (ج . ب ١٩٣٨ — ١ — ١٧٩) .

(٣) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩ — ٢٤٠ — ١٢٢٣

يرى بعض الشراح في مصر ، أنه إذا ما أشهر العقد المستتر ، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك ، « إذ أنه بشيئه لم يعد مستترا » (١) . ويؤيد هذا الحل أيضا جانب من الفقه الفرنسي (٢) . مستنديين الى حجة عملية . وهي أنه . بعدم ترتيب هذا الأثر على الشهر : لن يعد بإمكان طرفي الصورية أن يضعوا لهذه الأخيرة من نهاية . كذلك سارت محكمة النقض المصرية في نفس الاتجاه . وقضت بإمكان الاحتجاج على الغير بالعقد المستتر إذا كان مشهرا (٣) . فيما اكتفى الدكتور السنهوري في هذا الشأن ، بأن يرى في شهر العقد الحقيقي ، قرينة على علم الغير به : ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس (٤) .

أما الرأي الراجح في الفقه الفرنسي : وهو ما تميل اليه : فقد أخذ بالحل العكسي . وأكد أنصاره ، أن سوء النية ، الذي يحرم الغير من التمسك بالعقد الظاهر : هو الذي يثبت من علمه الفعلي بوجود ورقة الضد وقت نشأة حقه : وليس فقط إمكان علمه بها . ويرون أنه لا يسوغ لطرفي الصورية — حتى ولو كانا قد قصدا بهذه الأخيرة هدفا مشروعاً — أن يتذمرا من هذا الحل ، إذ كان يتعين عليهما — إذا أرادوا أعمال ورقة الضد في مواجهة الغير الذي يجهلها — أن يخطروا بها قبل اكتسابه للحق . هذا الى أن نظام الشهر ، من أساسه . إنما هو مقرر لصالح الغير . فلا يصح أن ينقلب وبالا عليه (٥) .

(١) د. اسماعيل غانم بند ٣٨ .

(٢) راجع في هذا الاتجاه : الفقه المشار اليه في داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤

هامش ٩٢ .

(٣) أنظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ المجموعة ٢٢ — ٢٠٢ — ١٢٨٥ .
نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢ — ٨٧ — ٥٥٣ .

(٤) د. السنهوري ص ١١٠٢ هامش ٢ : وقرب :

GHESTIN (J) : (Encyclopédie - Dalloz) T.I. 1975 sous
(Simulation) p. 6 No 60.

حيث يرى أن المسألة تتوقف على الظروف : وما إذا كان من الممكن القول باستمرار خفاء ورقة الضد رغم شهرها . أم لا .

(٥) أنظر الفقه العديد الذي أشار اليه داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤ هامش

٩٢ : وانظر في عرض أوفى لحجج هذا الاتجاه : داجو السابق
بند ١٥٩ الصفحات من ١٥٤ — ١٥٦ .

صحيح ، نحن نسلم ، أن الغير الذي يهمل الاطلاع على دقائق
الشهر العقاري ، يكون مقصرا في حق نفسه • لكن طرفي الصورية ليسا
— مع ذلك — أولى منه بالرعاية • وليس من السائع أن نفرض وجوب
الارتياح في سلامة التصرفات الظاهرة ، والا لما كان هناك استقرار
للمعاملات •

وأيا ما كان الأمر في هذه الخلافة ، الا أنه لا يصح — في
تقديرنا — تجاوز ما قيل بشأن أثر الشهر ، والخروج منه بمبدأ عام
وهو كفاية ثبوت إمكان العلم بالعقد الحقيقي من جانب الغير حتى
لا يعد من حقه التمسك بالعقد الظاهر • فالذي يدحض حسن نية
الغير ، هو في الحقيقة ، علمه الفعلي بالعقد المستتر • أما عدم العلم ،
ولو كان ناشئا عن إهمال ، فإنه لا ينفي عنه حسن نيته •

(ج) فرض تعارض مصالح الأغيار :

١٥٧ — ومتى كان للغير ، على ما تقدم ، أن يتمسك بالعقد
الحقيقي أو يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان في مصلحته ، وكان حسن
النية ، فإنه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الأغيار ، الذين تكون
مصلحة بعضهم في التمسك بالعقد الحقيقي ، حين تكون مصلحة الآخرين
على العكس ، في التمسك بالعقد الظاهر • ففي البيع الصوري ، على
سبيل المثال ، تكون مصلحة دائني المشتري في التمسك بالعقد الظاهر
حتى يتمكنوا من التنفيذ على المال الذي اشتراه مدينهم (المشتري
الصوري) ، حين تكون مصلحة دائني البائع في إثبات صورية هذا
البيع والتمسك بالحقيقة ، توصلا ، مثلا ، إلى إثبات عدم خروج المال
من ذمة مدينهم (البائع الصوري) حتى يتمكنوا من التنفيذ عليه
بحقوقهم •

وقد حسم المشرع هذه المشكلة لصالح الطائفة التي تتمسك
بالعقد الصوري أخذا بفكرة ضرورة استقرار المعاملات ورعاية للغير
حسني النية الذين اطمأنوا إلى العقد الظاهر ورتبوا تعاملهم على

أساسه • وفي هذا الشأن تقضى المادة ٢/٢٤٤ بأنه « اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » (١) •

المبحث الرابع شهر الاعسار

تمهيد :

١٥٨ — ان كل ما تقدم من وسائل المحافظة على الضمان العام لا يكفى فى الواقع لحماية الدائن العادى حماية كافية • فقد لا تتوافر شروط هذه الوسائل وقد لا يفلح الدائن فى اثبات توافرها • كما أن بعض هذه الوسائل لا يغل يد المدين عن ادارة أمواله بما يؤدى الى الاضرار بالدائن • هذا الى أنها جميعها لا تحول دون اتخاذ الدائنين اجراءات تنفيذ فردية على أموال المدين المعسر ، الأمر الذى يجعل من يسبق منهم الى هذا التنفيذ يحصل على كامل حقوقه اضراراً بالمتأخرين •

لذلك كان المشرع على حق حين نظم فى المجموعة المدنية الجديدة شهر اعسار المدين على نحو يكفل حماية معقولة للدائنين وان لم تصل الى حد الحماية التى يقررها القانون التجارى للدائنين بنظام شهر الافلاس •

شروط شهر الاعسار :

١٥٩ — يجب — لامكان شهر اعسار المدين — توافر شرطين :

(١) ورغم أن القانون الفرنسى لم يواجه مثل هذه المشكلة • الا ان نفس الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، هو الذى يتبناه الراى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين : انظر مثلا : مارتى ورينو بند ٢٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٤ ، ستارك بند ١٧٢٦ ، كاربونيه بند ٣٩ ص ١٣٠ ، نقض (اجتماعى) ١٩٤٤/١٢/١٤ (س) ١٩٤٦ — ١ — ١٠٥) : نقض ١٩٣٩/٤/٢٥ (ج.ب ١٩٣٩ — ٢ — ٥٧) ، استئناف ليموج ١٩١٠/١٠/١٤ (د. ١٩١١ — ٢ — ٣٩٣ وتعليق مانيول) •

(م ٩ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

أن يكون المدين معسرا اعسارا قانونيا ، وأن ترفع دعوى بطلب شهر الاعسار .

١ — أن يكون المدين معسرا اعسارا قانونيا :

١٦٠ — المدين المعسر هو ذلك الذي تزيد ديونه على حقوقه .
فإن كانت هذه الزيادة بحيث يعجز عن الوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة فهو معسر اعسارا فعليا . وهذا النوع من الاعسار كاف — كما سبق أن ذكرنا — لرفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

أما دعوى شهر الاعسار فتستلزم الاعسار القانوني ^(١) . حين تكون أموال المدين عاجزة حتى عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء .

ويكفى لاثبات اعسار المدين أن يقيم الدائن الدليل على ما في ذمة المدين من ديون : حين يتعين على هذا الأخير — إذا أراد أن ينفي عن نفسه وصف الاعسار — أن يثبت أن له أموالا تكفى للوفاء بديونه . وفي خصوص شهر الاعسار تكفى للوفاء بديونه الحالة .

٢ — طلب شهر الاعسار :

١٦١ — وعلى النقيض من نظام الافلاس لا تستطيع المحكمة أن تقضى بشهر اعسار المدين من تلقاء نفسها . ولا يجوز للنيابة العامة أن تتقدم بطلبه الى المحكمة . وإنما يلزم أن ترفع الدعوى به ممن له مصلحة في رفعها وهو عادة أحد الدائنين الذي يريد الافادة من الضمانات التي يوفرها الحكم بشهر الاعسار على ما سنرى فيما بعد .
وان كان لا يستحيل تصور أن يرفعها المدين نفسه حين تكون له مصلحة في شهر اعساره ، بقصد الحصول مثلا على آجال لديونه أو لتمكينه من الحصول على نفقة من إيراداته المحجوزة .

إنما بالرغم من طلب شهر الاعسار يظل للمحكمة سلطتها التقديرية

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥

فقد ترفض الحكم به حتى ولو كانت حالة الاعسار ثابتة • مراعية في ذلك الظروف التي أدت الى الاعسار وموارد المدين المستقبلية ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥١) •

اجراءات شهر الاعسار :

١٦٢ — تختص بدعوى شهر الاعسار « المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين » (م ٢٥٠) وتكون « مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الاعسار ثمانية أيام • ومدة استئنافها خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ اعلان تلك الأحكام » (م ٢٥٢) •

وقد حرص المشرع على أن يكفل علانية الحكم الصادر بشهر الاعسار لحماية كل من يريد التعامل مع المدين المشهر اعساره فأوجب في المادة ٢٥٣ :

« ١ — على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الاعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه وذلك كله يوم صدور الحكم •

٢ — وعلى الكاتب أيضا أن يرسل الى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لاثباتها في سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل » •

كما أوجبت المادة ٢٥٤ « على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق • وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن سواء أأخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل الى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها » •

آثار شهر الاعسار :

أولا — بالنسبة للمدين :

١٦٣ — يمكن تلخيص آثار شهر الاعسار بالنسبة للمدين في ثلاثة على النحو التالي :

١ — عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق الدائنين :

١٦٤ — هذا الأثر لم يدرجه المشرع في المادة ٢٥٧ الى وقت صدور الحكم بشهر الاعسار وانما جعله — لمصلحة الدائنين — منذ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار . فمنذ هذا التاريخ لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف ضار من جانب المدين سواء كان ينقص حقوقه أو يزيد التزاماته . بل ولا أى وفاء يقوم به ولو كان لدين مستحق الأداء . كل ذلك دون حاجة الى اثبات غش المدين أو تواطئه مع المستفيد .

غير أن هذا الأثر — وهو يجد تبريره في حماية الدائنين من ضرر محتمل يقصد اليه المدين بتصرفه — كان من المفهوم أن يجيز المشرع لهذا الأخير ما لا يحتمل ذلك من التصرفات . وهكذا أجاز للمدين « أن يتصرف في أمواله — ولو بغير رضا الدائنين — على أن يكون بثمن المثل وأن يقوم بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع » أما اذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل « كان التصرف غير سار في حق الدائنين الا اذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » (م ٢٥٨) وبهذا الحكم أعطى المشرع فرصة للمدين أن يقوم بتصفية أمواله بنفسه ما دام أن هذه التصفية لا تضر بالدائنين .

٢ — امكان تعرض المدين للعقوبة الجنائية :

١٦٥ — وفقا للمادة ٢٦٠ يعاقب المدين بعقوبة التهديد في حالتيه :

« (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر اعساره .

(ب) ان كان بعد الحكم بشهر اعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغيا غيرها وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه » .

٣ — تقرير نفقة للمدين من ايراداته المحجوزة :

١٦٦ — يجوز « لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار » اذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على أموال المدين بما فيها ايراداته . فأصبح بهذا الشكل بلا مورد يعيش منه . « أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة » ويظل من حق المدين تقاضى هذه النفقة حتى تنتهى تصفية أمواله . على أنه يجوز « التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان التظلم من المدين ومن تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم » (م ٢٥٩) .

ثانيا — بالنسبة للدائن :

١٦٧ — هناك ثلاثة آثار أيضا يرتبها شهر الاعسار فى مواجهة الدائن :

١ — حلول الديون المؤجلة :

١٦٨ — حرصا من المشرع على المساواة بين الدائنين رتبت المادة ٢٥٥ « على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة » حتى لا يسبق بعض الدائنين غيرهم لمجرد أن ديونهم حالة دونهم . ولما كانت هذه التسوية لا يصح أن تكون على حساب المدين ، فإنه اذا حلت الديون المؤجلة خصم منها « مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » .

ومع ذلك أجازت الفقرة الثانية من نفس المادة — ولمصلحة الدائنين أيضا كما يتضح من عباراتها الأخيرة — « للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة • كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالية اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » كما لو كان الوقت فعلا غير مناسب لبيع أموال المدين بأعلى قيمة •

٢ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص :

١٦٩ — لما كان الدائن الذى بيده سند تنفيذى سوف يبادر ، فور الحكم بشهر الاعسار ، الى أخذ اختصاص على عقارات المدين بما يجعله في مركز أفضل من غيره من الدائنين ، الذين قصد المشرع التسوية بينهم بنظام الاعسار فقد قرر المشرع في المادة ٢٥٦/٢ أنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يفع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » • أما الدائنون الذين نشأت حقوقهم بعد ذلك فان حق الاختصاص ينفذ في مواجهتهم •

٣ — امكان اتخاذ اجراءات فردية ضد المدين :

١٧٠ — لا يترتب على شهر الاعسار — على النقيض من نظام الافلاس — أن ترفع يد المدين عن ادارة أمواله لتصفى تصفية جماعية وانما يبقى — على العكس — من حق كل دائن أن يعمل مستقلا على النحو الذى يحقق مصلحته • وقد يترتب على مبادرة أحد الدائنين للتنفيذ على أموال المدين أن يحصل على كامل حقه دون غيره من الدائنين ، اذا لم يتدخلوا لمشاركته في التوزيع •

وهكذا فانه بمقابلة ما قرره المشرع في المادة ٢٥٦ من امكان اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية مع ما قرره في المادة ٢٥٥ من حلول آجال الديون بشهر الاعسار ، يكون المشرع قد قرر المساواة القانونية

فقط بين الدائنين دون المساواة الفعلية . وان كان يقلل من شأن هذا العيب الى حد كبير ما نظمته المشرع من علانية للاعسار . الأمر الذى يكفل تنبيه الدائنين الى اعسار مدينهم فيتقدمون جميعا للاشتراك فى التنفيذ على أمواله .

انتهاء حالة الاعسار :

١٧١ — تنتهى حالة الاعسار اما بحكم من القضاء أو بقوة القانون .

(١) بحكم القضاء :

١٧٢ — تنتهى حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى الشأن الذى له مصلحة فى هذا الانهاء . وذلك فى حالتين :

(أ) « متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله » (م ٢٦١ / ١) ويقصد بالديون هنا ما كان منها مستحق الأداء وقت شهر الاعسار وما كان مؤجلا ثم حل تبعا للحكم بشهر الاعسار .

(ب) « متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها » (م ٢٦١ / ١) . وهى تشمل الديون التى كانت حالة وقت شهر الاعسار وكذلك التى حل أجلها بحلول ميعاد استحقاقها وليس بسبب الحكم بشهر الاعسار . ولكفالة الهدف الذى قصد اليه المشرع من علانية الحكم بشهر الاعسار ، أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ على كاتب المحكمة أن يؤشر « من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ وعليه أن يرسل صورة منه الى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك » .

(ب) بقوة القانون :

١٧٣ — لما كان من غير المعقول أن تستمر يد المدين مغולה عن التصرف في أمواله الى ما لا نهاية ، فقد أعطى المشرع للدائنين مدة رآها كافية ليستطيعوا فيها تصفية أموال المدين واقتضاء حقوقهم منها . بعدها « تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون » . هذه المدة هي خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار .

١٧٤ — هذا ويترتب على انتهاء حالة الاعسار أن تزول كل الآثار التى ترتبت على الحكم بشهر الاعسار على نحو ما سبق بيانه .

المبحث الخامس

الحق فى الحبس (٢٤١)

Droit de Rétention

التعريف به :

١٧٥ — تقتضى اعتبارات العدالة ^(٢) أن يكون بإمكان الدائن بدين مستحق الأداء ، أن يحبس ما تحت يده ، مما هو ملتزم بتسليمه

(١) راجع فى تاريخ الحق فى الحبس : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١٠٤٦ .

(٢) لم ينظم المشرع الفرنسى الحق فى الحبس كنظرية عامة ، وانما اورد عدة تطبيقات له فى مواضع متفرقة : انظر فى هذه التطبيقات : جوسران بند ١٤٧٢ .

وقد يات التساؤل الذى يفرض نفسه على الفقه والقضاء الفرنسيين هو معرفة ما اذا كانت هذه التطبيقات قد وردت على سبيل الحصر (من هذا الراى : مرلان ، لوران) ، أم وردت على سبيل المثال ، وفى أى الحدود ووفقا لاي معيار يتحدد نطاق هذا الحق اذا قيل بالحل الأخير . . راجع فى كل ذلك : جوسران بند ١٤٧٣ .

(٣) فى الحقيقة ، كانت فكرة العدالة كأساس للحق فى الحبس لدى بعض الشراح الفرنسيين هى التى تقف وراء توسعهم فى نطاق هذا الحق ليمتد حتى الى خارج نطاق العقود الملزمة للجانبين . بينما أن من رمضوا هذا الأساس ، وفضلوا أن يسندوا حق الحبس الى أساس من فكرة الضمان الضمنى *garantie tacite* ، اقتصر عندهم نطاق الحق فى الحبس على العقود التبادلية فقط . انظر فى عرض مفصل لذلك . كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١٠٤٨ .

الى المدين ، حتى يقوم هذا الأخير بسداد حق هذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم . هذا الحق المقرر للدائن هو ما يعرف بالحق في الحبس .

فالحق في الحبس هو — على هذا النحو — وسيلة لحمل المدين بدين واجب الأداء ، على سداد هذا الدين للدائن عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شيء يجب عليه تسليمه للمدين ما دام أن هناك ارتباطا بين حق الدائن والتزامه بالتسليم . أو هو بعبارة أخرى يدفع به الدائن مطالبة مدينه له بتسليم شيء ، له الحق في تسلمه ، ما دام أنه لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن مرتبط بالتزام هذا الأخير بالتسليم .

شروطه :

١٧٦ — حددت شروط الحق في الحبس ، المادة ٢٤٦ مدنى : حين قضت بأن : « لكل من التزم بأداء شيء ، أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

ومن هذا النص يتضح أن شروط الحق في الحبس تتلخص في :

اولا — وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شيء :

١٧٧ — الأمر الذى يجعل الحبس — كما سبق أن ذكرنا — نوعا من الدفع يرد به الدائن الحابس على مطالبة المدين له بتسليم شيء يلتزم بتسليمه له . وفي هذا الصدد لا تهم طبيعة هذا الشيء

الذى يرد عليه الحبس . حيث يستوى أن يكون عقسارا أو منقولا ،
مثليا أو قيميا . ماديا أو غير مادي . بل يتجه الرأي الغالب الى امكان
ورود الحبس على العمل أو الامتناع ^(١) ، (كالمقاول يمكنه ألا يبدأ
العمل حتى يستوفي الأجر المتفق على تعجيله له ؛ وكالجار المتعهد
بالألا يمنع جاره من المرور في أرضه ؛ يستطيع أن ؛ يقف تنفيذ التزامه
فيمنع الجار من المرور حتى يوفيه الجعل المتفق عليه) . وذلك خلافا
لرأى عكسي يعول على حرفية نص المادة ١/٢٤٦ التى عبرت عما يمكن
حبسه بلفظ (الشيء) وهو ما لا يتسع عنده لكل من العمل أو الامتناع ^(٢) .

١٧٨ — غير أنه لما كان الحبس يعتبر بمثابة حجز من الحابس
على ما تحت يده ؛ فانه لا يصح أن يرد على الأشياء التى لا يجوز
الحجز عليها ^(٣) كما أن حق الحابس — وان أملت اعتبارات العدالة —
الا أنه اذا تعارض مع مصلحته عامة فضلت عليه هذه الأخيرة ؛ وهو
ما يتفرع عليه عدم امكان ورود الحبس على الأشياء العامة لما يؤدي
اليه حبسها من تعطيل للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الأدوال ^(٤) .

١٧٩ — والغالب أن يكون الشيء الذى يرد عليه الحبس مملوكا
للمدين (كما فى حالة حبس الشيء المودع ؛ الى أن يقوم صاحبه
بسداد ما أنفق عليه المودع لديه من مصروفات) . غير أنه من المتصور
أن يكون هذا الشيء مملوكا للحابس (الدائن) نفسه ما دام ملتزما

(١) انظر : د. السنهوري بند ٦٤٢ . د. انور سلطان بند ١٧٥ .
د. البدرزاوى بند ١٦٤ ، د. عبد الودود يحيى بند ١٦٤ ، وقرب : د. الصدة
بند ٨٠ ، د. سليمان مرقس بند ٧٢٣ ، وقرب أيضا من الفقه الفرنسى :
جوسران الذى استخدم ، للتعبير عن محل الحبس ، لفظ « prestation »
انظر بند ١٤٧٣

(٢) هذا ما يستخلص ضمنا من انتقاد د. اسماعيل غانم لصياغة
المادة ١/٢٤٦ مدنى فى معنى قصر الحق فى الحبس على الأشياء المادية :
انظر بند ١١٠ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٢٣ . د. جمال زكى
بند ٤٢٤ .

(٣) فى هذا المعنى : د. السنهوري بند ٦٤٢ ، د. عبد الفتاح
عبد الباقي بند ١٢٨ . د. اسماعيل غانم بند ١٠١ .

تسليمه للمدين (١) (سائر الذي يجبس العين المؤجر، عن المستأجر حتى يوفيه هذا الأخير ما اشترط على تعجيله من أجرة) .

١٨٠ — هذا وتحرم المادة ٢٤٦/٢ حائز الشيء أو محزره من حقه في حبسه اذا كان الشيء قد وصل تحت يده نتيجة عمل غير مشروع . فالسارق لا يحق له أن يجبس المسروق حتى يقوم صاحبه برد ما أنفقه عليه من مصروفات .

وجود حق مستحق الأداء للدائن الحابس :

١٨١ — فالدفع بالحبس : كما ذكرنا ، وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزام للدائن الحابس . ومنه نأخذ أنه لا يصح اللجوء إلى هذه الوسيلة الا اذا كان حق الدائن واجب الأداء . فإذا كان هذا الحق مضافا الى أجل واقف : أو كان — من باب أولى — معلقا على شرط واقف أو متنازعا فيه ، أو مجرد دين طبيعي لا يمكن جبر المدين على تنفيذه ، لم يكن من حق الدائن — في كل هذه الفروض — أن يجبس الشيء عن الملتزم بتسليمه له .

ثالثا — وجود ارتباط (٢) بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء (٣) :

١٨٣ — لا يكفي لثبوت الحق في الحبس أن يكون في حيازة الدائن شيئا مملوكا للمدين ، وانما يلزم أن يكون هناك ارتباطا بين حيازة الشيء وحق الحابس . أو بعبارة أخرى ارتباطا بين التزامين (التزام الحابس بالتسليم وحقه في مواجهة المدين) . هذا الارتباط وحده كاف بالرغم من عبارة نص المادة ٢٤٦/١ ، حتى ولو لم يصل الى مستوى

(١) في هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٠١ ، وانظر في اتجاه مخالف في الفقه الفرنسي ، الفقه المشار اليه فيه ص ٢٢٧ هـ ١ .

(٢) انظر — من تطبيقات القضاء الفرنسي — نقض (تجارى) ١٩٨٣/٧/١١ : د. ١٩٨٤ — أ.ر — ٨٢) ؛ وفيه أيدت المحكمة حكم الاستئناف الذي رفض الادعاء بحق في الحبس لتخلف شرط الارتباط .

(٣) وعلى الدائن الذي يتمسك بالحق في الحبس أن يثبت وجود هذا الارتباط انظر نقض فرنسي ١٩٨٣/١٢/١٣ : د. ١٩٨٤ — أ.ر — ١٤٨ .

علاقة السببية بين هذين الالتزامين • وهو — أى هذا الارتباط — قد يكون قانونيا أو ماديا •

(أ) ويقوم الارتباط القانوني : على وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين • هذه العلاقة قد يكون مصدرها عقدا ملزما للجانبين ، وفي هذه الحالة تصل الى مستوى علاقة السببية . ويتخذ الحبس فيها صورة الدفع بعدم التنفيذ ^(١) ، ومثالها حبس البائع للشيء المبيع حتى يؤدي المشتري الثمن • وقد تنشأ هذه العلاقة بمناسبة العقد الملزم للجانبين في حالة انحلاله بالبطلان أو الفسخ ، حين يكون لكل من الطرفين أن يحبس ما هو ملتزم برده — بموجب البطلان أو الفسخ — حتى يستوفى ما هو مستحق له • وقد توجد هذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد • كالوكيل (غير المأجور) يحبس ما تسلمه لحساب الموكل حتى يرد له هذا الأخير ما أنفقه في تنفيذ الوكالة

(١) هذا الدفع الذي يعتبر — وكما نصت المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤٦ — من تطبيقات القاعدة العامة للحق في الحبس . انظر الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٥١ : ويؤيد هذا التصوير غالبية الفقه في مصر . انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي بنـد ١٢٧ ، د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنـد ٧٢٤ ؛ د. البدراوى بنـد ١٦٨ ؛ د. انور سلطان بنـد ١٧٢ ، د. جميل الشرقاوى بنـد ٤٣ و د. عبد الودود يحيى بنـد ٦٠ . د. اسماعيل غانم بنـد ١٠٦ ، ويقترب من الفقه الفرنسى كاربونيه بنـد ٨٤ ص ٢٨٣ الذى يقول انه من الصعب تمييز الدفع بعدم التنفيذ من الحق في الحبس .

وانظر عكس ذلك : د. محمود جمال الدين زكى بنـد ٤٢٥ ، ومن ثم فقد اشترط ، في الحبس ، الا يكون الارتباط القانوني سابق الاشارة ناشئا عن علاقة تبادلية بين الالتزامين مصدرها عقدا ملزما للجانبين « حيث تقع دائرة الدفع بعدم التنفيذ » .

راجع في عرض اوفى لنطاق الحق في الحبس :

MANDE - DJABOU (J) : La notion étroite du droit de retention J.C.P. 1976 - 1 - doct - 2760 ; CASSIN (René) : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatique Thèse Paris 1914 ; CASSIN (R) note S 1922 - 2 25.

وانظر — بوجه عام في طبيعة الحق في الحبس :

CATALA - FRANJOU (N) : De la nature juridique du droit de rétention. Rev. trim. 1967 P. 9 - 44.

التنفيذ المعتاد ^(١) . بل قد توجد هذه العلاقة التبادلية رغم عدم وجود أى عقد على الإطلاق . غنى الفضالة يلتزم الفضولى برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (ويجد التزامه هذا مصدره فى نص القانون) ويقابل ذلك التزام رب العمل بتعويض الفضولى عما أنفق (ومصدر التزامه الفعل النافع) . وهذان الالتزامان . رغم أنهما غير ناشئين من عقد ، إلا أن بينهما علاقة تبادلية تجيز للفضولى استعمال الحق فى الحبس .

(ب) أما الارتباط المادى فلا يقوم على علاقة تبادلية بين الالتزامين : وإنما على مجرد واقعة مادية هى حيازة الشئ أو احرازه . حين يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشئ ذاته . وذلك فى صورتين : أما لأن الحابس قد أنفق على الشئ مصروفات يحق له استردادها ^(٢) : أو أنه قد أصابه ضرر من هذا الشئ يستحق تعويضا عنه . ومثال الصورة الأولى أن ينفق المودع لديه على الشئ المودع نفقات ضرورية أو نافعة فيكون له حبس الشئ حتى يستوفى هذه النفقات . ومثال الثانية أن يتسرب حيوان الى ملك الجار فيتلف مزروعاته ، فيكون له حبس هذا الحيوان حتى يؤدى مالكة ما هو واجب عليه من تعويض .

١٨٤ — فإذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يستعمل حقه فى الحبس . دون أن يكون عليه انذار المدين : أو الحصول على ترخيص من القضاء باستعمال هذه الوسيلة ^(٣) .

(١) فالوكالة غير المسأجورة هى عقد ملازم لجانب واحد هو الوكيل ، وإذا كان الموكل — فى هذا المثال — قد التزم برد النفقات للوكيل ، فليس مصدر التزامه عقد الوكالة ، وإنما الفعل النافع .

(٢) وقد جاءت المادة ٢٤٦ — ٢ سابقة الإشارة : من هذا الفرض : حالة من الحالات التى يثبت فيها حق الحبس بوجه خاص : انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢٢٣ ص ١٢٨٧ .

(٣) فى هذا المعنى : نقض ١٩٦٧/١/١٩ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣ .

احكام الحق فى الحبس :

اولا — حقوق الحابس :

١٨٥ — للحابس أن يحبس العين عن مالها وعن خلفه العام .
وذلك الى أن يستوفى كامل حقه فى مواجهة المدين . اذ الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة . وان كان يتعين من ناحية أخرى على الحابس ألا يتعسف فى استعمال حقه (كما لو أصر على الحبس رغم تفاهة الباقي من الدين بالنسبة للالتزام فى جملة) . ويمتد الحق فى الحبس الى ثمار الشئ . فاذا كانت هذه الثمار تقبل التلف كان للحابس أن يستأذن القضاء فى بيعها لينتقل حقه فى الحبس الى ثمنها .

١٨٦ — وللحابس أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير ^(١) كالخاف الخاص الذى تنتقل اليه ملكية الشئ المحبوس . كما أن له أن يتمسك بحقه فى مواجهة الراى عليه المزداد وبذلك يؤدى الحق فى الحبس — فى هذه الحالة — الى النتيجة الفعلية التى يؤدى اليها حق الامتياز ، مع أن « مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية (م ٢٤٧) .

١٨٧ — على أنه اذا كان المحبوس عقارا وكان الخلف الخاص الذى انتقلت اليه ملكية هذا العقار أو الدائن بالحق العينى لمالكه : قد أشهر حقوقهما قبل ثبوت الحق فى الحبس للحابس . فان هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهتهما . ويتفرع على ذلك ألا يكون بإمكانه الامتناع عن تسليم العقار الراى عليه المزداد اذا قام هذا الدائن بالتنفيذ عليه . اللهم الا اذا كان سبب الحبس هو انفاق مصروفات على العقار حيث يمكن الاحتجاج بالحبس ولو ثبت بعد شهر هذه الحقوق لما أدى اليه انفاق المصروفات من حفظ للعين وزيادة فى قيمتها الأمر الذى يفيد منه جميع من يطالب بردها من خلف خاص أو دائن بحق عينى .

(١) راجع فيما ثار من خلاف فى مدى امكان الاحتجاج بالحبس على الغير فى الفقه الفرنسى : جوسران بنس ١٠٤٧ .

١٨٨ — لكن لما كان « مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية فإنه اذا قام الحابس بالتنفيذ على العين محل الحبس فإنه لا يتمتع بامتياز على ثمنها وانما يشاركه فيه سائر الدائنين الذين يقتسمونه معه قسمة الغرماء • ولا يمكنه بعد ذلك أن يحبسها عن الراسى عليه مزادها • لأنه باقدامه على طلب بيعها يكون قد نزل عن حقه في حبسها •

١٨٩ — والحق في الحبس • كوسيلة وقائية : لا يمنع عن الحابس حقه في الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه المرتبط • فمثلا : حق المستأجر في حبس الأجرة عند اخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول بينه والانتفاع بالعين المؤجرة : لا يحول بينه وطلب انقاص هذه الأجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين (١) •

ثانيا - التزامات الحابس :

١٩٠ — حددت التزامات الحابس المادة ٢٤٧ ويمكن تلخيصها على النحو التالى :

١ — أول ما يلتزم به الحابس هو أن يحافظ على العين المحبوسة • وقد أحالت المادة ٢٤٧ في تحديدها لدرجة العناية التى يجب أن يبذلها الحابس في هذا الصدد الى أحكام رهن الحيازة • وبموجب هذه الأحكام يجب على الحابس أن يبذل في هذه المحافظة عناية الرجل المعتاد •

ويتفرع على هذا الالتزام أنه اذا كان الشيء المحبوس « يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ « أى بالمزاد العلنى أو بسعره في البورصة أو السوق » وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » • (م ٣/٢٤٧) •

(١) انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٤/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٤٩ ص ٧٦٦ •

ونرى أن نص الفقرة ٣ سابق الذكر معينا في صياغته اذ يشعر بعبارته أن بيع الشيء المحبوس الذي يخشى عليه الهلاك أو التلف بعد استئذان القاضي أمر جوازي للحابس : حين أنه في اعتقادنا أمر واجب عليه : وتمليه اعتبارات العدالة وحسن النية من جانب الحابس بل ويقتضيه واجب المحافظة على الشيء .

على أن طلب البيع في هذه الحالة لا يعتبر تنفيذا على الشيء يفقد الحق في الحبس وانما هو إجراء ضروري لحفظ المحبوس من الهلاك أو التلف .

٢ — ويلتزم الحابس كذلك — اذا كانت العين المحبوسة تغل ثمارا — أن يقبض هذه الثمار (وهو يقبضها لحساب مالكها) (١) ويحبسها مع العين حتى يستوفي حقه . وأن يقدم عنها حسابا للمالك . فاذا كانت هذه الثمار مما يسارع اليه التلف ؛ كان عليه — في اعتقادنا — أن يستأذن القاضي في بيعها ثم يحبس ثمنها .

ونرى — مع بعض الشراح — أن على الحابس التزاما باستثمار الشيء اذا كان بطبيعته ما ينتج ثمرات (٢) (٣) وذلك قياسا على ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة ١١٠٤ في خصوص الرهن الحيازي . متنا هذا الالتزام أمر يوجبه حسن النية كما يقتضيه واجب المحافظة على الشيء في كثير من الأحوال .

(١) فليس للحابس ان ينتفع بالشيء لنفسه : في هذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١١٢ ، د. الصدة بند ٨٢ .

(٢) ما لم يمنعه المالك — بداهة — من ذلك .

(٣) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٢٢ . ويبرر ذلك بأن الشيء موجود في يد الحابس فيجب الا يفوت على المالك حق الافادة منه . هذا الى أن المادة ٢٤٧ — ٢ تلزم الحابس بأن يقدم حسابا عن غلة الشيء المحبوس ، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله .

وانظر عكس ذلك : د. السنهوري بند ٦٧٧ ، وقد توسط د. اسماعيل غانم (بند ١١٢) حيث يرى ان الحابس ليس عليه اصلا التزام باستثمار الشيء المحبوس « الا اذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته » .

٣ — ويلتزم الحابس أخيرا بأن يرد العين المحبوسة لمالكها عند انقضاء الحق في الحبس : طالما أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين .

ثالثا — انقضاء الحق في الحبس :

١٩١ — ينقضى الحق في الحبس بطريقتين : طريق تبعى وطريق أصلى :

(١) الطريق التبعى :

١٩٢ — إذا انقضى — لأى سبب — حق الدائن الذى حبست العين من أجله انقضى الحق في الحبس بالتبعية . على أن يلاحظ أن بقاء العين المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر اقرارا متجددا من جانب المدين (مالك هذه العين) بأنه مدين للحابس ، الأمر الذى يحول دون انقضاء الحق الذى حبست العين من أجله بالتقادم . ما دامت العين المحبوسة تحت يد الحابس . ولذلك لا يتصور انقضاء الحق في الحبس بتقادم الدين المضمون .

(ب) الطريق الأصلى :

١٩٣ — وينقضى الحق في الحبس وحده مع بقاء الدين المحبوس من أجله ، في الحالات الآتية :

١ — إذا قدم مالك العين المحبوسة « تأمينا كافيا » للوفاء بحق الدائن ، لأنه عندئذ لا يعد للحبس من مبرر . ويقدر القاضى — عند النزاع — ما إذا كان التأمين كافيا أم لا . ولا يستثنى من ذلك إلا ما قضت به المادة ٥٩ مدنى والتي بموجبها يظل من حق البائع « أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له . ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة » .

(م ١٠ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

٢ — وينقضى الحبس كذلك بهلاك العين المحبوسة ولا يبقى إلا البحث عن سبب هذا الهلاك لتحديد من تقع عليه تبعته • ولما كانت المادة ٢٤٧ قد أحالت — في صدد التزام الحابس بالمحافظة على الشيء الى أحكام رهن الحيازة : فان العين المحبوسة : طبقا لما تنقضى به المادة ١١٠٣ في خصوص الرهن الحيازي سوف تهلك على الحابس ما لم يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي لايد له فيه • وفي هذه الحالة الأخيرة اذا استحق مالك العين تعويضا من المسئول عن هلاكها أو مبلغ تأمين عوضا عن هذا الهلاك : حل هذا أو ذاك محل العين الهالكة وكان للدائن حبسه أخذا بفكرة الحلول العيني •

٣ — ويترتب على اخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء انقضاء الحق في الحبس كما سبق أن ذكرنا •

٤ — ويبقى أخيرا أن الحق في الحبس ينقضى بالتنازل عنه صراحة كان هذا التنازل أو ضمنا (١) • ويعتبر من قبيل التنازل أن يتخلى الحابس باختياره عن حيازة الشيء المحبوس •

وقد سبق أن ذكرنا أن اقدام الحابس على التنفيذ على الشيء المحبوس يتضمن تنازلا ضمنيا من جانبه عن الحق في الحبس • وفي هذا الصدد تنقضى المادة ١/٢٤٨ بأنه « ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » • غير أنه لا يتضمن معنى النزول — بداهة — أن يخرج الشيء المحبوس من تحت يد حابسه خفية أو بالرغم من معارضته وانما يجوز له استرداده • اذا طلب ذلك « خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » م ٢٤٨ ، حتى من الحائز حسن النية •

(١) ومنى تم هذا النزول فلا يجوز بداهة العدول عنه • انظر نقضي ١٦/٥/١٩٦٨ المجموعة السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢ •

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

تمهيد :

١٩٤ — يقصد بأوصاف الالتزام ، ما يضاف الى الالتزام في أحد عناصره الثلاثة ، وهى : الرابطة القانونية ، أو محلها ، أو أطرافها ، من أمور تعدل من الآثار التى يترتبها الالتزام في صورته العادية .

والصورة العادية للالتزام هى — باختصار — أنه رابطة قانونية محققة في وجودها ، منجزة في وجوب تنفيذها ، يشمل محلها شيئاً واحداً يتعين على المدين تأديته بذاته أو عدة أشياء لا تبرأ ذمته إلا بأدائها جميعاً : تربط بين طرفين : دائن واحد ومدين واحد ، أو بين عدة أطراف لكن ينقسم الالتزام بينهم : أى تتعدد الالتزامات بقدر عددهم .

١٩٥ — والوصف الذى يدخل على الالتزام ، قد يتعلق بالرابطة القانونية ذاتها : فيجعلها غير محققة في وجودها أو مهددة في بقائها ، حين يسمى الوصف في هذه الحالة بالشرط . وقد يتعلق بها ، لا من حيث وجودها وإنما من حيث نفاذها أو سريانها : فبدلاً من أن تكون منجزة يرجىء بداية نفاذها ، وبدلاً من أن تستمر في السريان يخضع حداً زمنياً ينتهى عنده سريانها وينقضى من ثم الالتزام ، حين يسمى الوصف في هذه الحالة بالأجل .

وقد يرد الوصف على محل هذه الرابطة ، فيشمل عدة أشياء ، لكن تبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها ، حين يوصف الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التخيري . وقد لا يشمل إلا شيئاً واحداً ، لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر ، حين يوصف الالتزام في هذه الحالة بالالتزام البدلى .

وقد يتعلق الوصف بأطراف الرابطة القانونية : فيكونون متعددين لكن في التزام واحد ، ويقال في هذه الحالة أن هناك تضامناً أو أن هناك التزاماً غير قابل للانقسام .

١٩٦ — وهكذا يمكن حصر أوصاف الالتزام جميعها في : الشرط ،
والأجل ، والالتزام التخييري ، والالتزام البدلي ، والتضامن ، وعدم
القابلية للانقسام .

والالتزام الذي يدخل عليه أى من هذه الأوصاف يسمى بالالتزام
الموصوف ، تمييزا له عن الالتزام في صورته العادية الذى ينعت
بالالتزام البسيط .

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الباب على ثلاثة فصول : فعالج في أولها
الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية ، وفي الثانى الأوصاف التى
ترد على محل هذه الرابطة ، لنخصص للأوصاف التى تتعلق بأطراف
هذه الرابطة الفصل الثالث .

الفصل الأول

الأوصاف التي ترد على الرابطة القانونية
(الشرط ، والأجل)

تمهيد وتقسيم :

١٩٧ - قلنا أن الوصف قد يلحق الرابطة القانونية ذاتها .
فإذا كان يجعلها غير محققة في وجودها أو في بقائها ، لأنه يربط هذا
الوجود أو هذا البقاء ^(١) بتحقيق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع ،
كان الالتزام في هذه الحالة موصوفا بما يسمى بالشرط أو وفقا
للاصطلاح القانوني معلقا على شرط . أما إذا كان لا يؤثر على
الوجود المحقق للرابطة وإنما يتعلق بنفاذها ^(٢) فيؤجل بدايته أو يحدد
نهايته ، لأنه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلية محققة الوقوع ، كان
الالتزام في هذه الحالة موصوفا بالأجل ، أو وفقا للاصطلاح القانوني
مضافا لأجل .

١٩٨ - وهكذا فإذا كان الشرط . كالأجل ، كل منهما أمر
مستقبل ، إلا أن الأول غير محقق الوقوع حين أن وقوع الثاني أمرا
مؤكد . ونخصص مبحثا مستقلا لكل منهما .

المبحث الأول

الشرط

La condition

تمهيد :

١٩٩ - ان لفظ الشرط يتسع في الواقع لمعاني متعددة ، فضلا

(٢٤١) في هذا المعنى : نقض ١٨/١/١٩٧٨ المجموعة السنة ٢٩
رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

عن استعماله كوصف للالتزام^(١) . فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر لترتيب أثر معين (كاشتراط الشكل الرسمي في الهبة) . وقد يقصد به ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لجسرد تنظيم علاقتهما العقدية : (كأن يشترط مثلا تسليم المبيع في مكان معين) . وقد يقصد به ما يعد عنصرا من عناصر وجود الحق بحيث لا يتصور وجود الحق بدونه . أو بتعبير آخر أن بدونه يكون الأمر مجرد أمل (كالموصية حال حياة الموصي ، لا ترتب للموصي له سوى مجرد أمل لا يرتقى الى مستوى الحق الا بتحقيق شرط وفاة الموصي) .

٢٠٠ — أما الشرط الذي نقصده كوصف للالتزام فهو أمر عارض أو خارجي تضيفه الارادة الى التزام استكمل كل العناصر التي يستلزمها القانون^(٢،٣) .

(١) انظر في هذه المعاني : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٤١ . د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٣٨ ، د. اسماعيل غانم بند ١٣٩ .
(٢) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٩ ، ستارك بند ١٨١٢ ، مارتى ورينو بند ٧٤٥ ، كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ ، وفي مصر : د. البدرأوى بند ٢٠٦ ، د. انور سلطان بند ٢٣٠ ، ولزيد من التفاصيل في هذا التحديد راجع د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٣ : (الأوصاف ، الحوالة ، الانقضاء) ١٩٥٨ ص ٤ هامش ٢ ، والبنود ١٥ ، ٢٤ ، وقلون ، ليلوتر ، الذي يرى شرطا في كل ما من شأنه ان يجعل وجود الالتزام امرا مستقبلا غير محقق ، ولو تعلق الأمر بعنصر جوهرى في الالتزام ذاته . ويقصد — من ثم — بصفة العرضية فيه ، عدم ضرورة ان يكون الالتزام معلقا على شرط ، اذ الأصل — على العكس — ان تنشأ الالتزامات غير مشروطة :

LELOUTRE (Amedée) : Des cas d'existence et des effets de la condition. Rev. crit. 1912 P. 232.

كذلك ، وعلى الرغم من انه يحصر الشرط كوصف للالتزام فيما لا يكون ضروريا لوجود العقد أو لصحته ، فان كاربونيه ينتهى أيضا الى ان المقصود بصفة العرضية ان الأصل في الالتزام ان يكون بسيطا . انظر كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وعادة ما تكون غاية المتعاقدين من اللجوء لهذه الوسيلة ، هي تمكينهما من اتخاذ بعض الاحتياطات ، أو التحوط من مخاطر يمكن ان تحدث في المستقبل . انظر في هذا المعنى : ستارك بند ١٨١٦ .

تعريف الشرط كوصف للالتزام ، ونوعاه :

٢٠١ — يمكن تعريف الشرط كوصف للالتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله (م ٢٦٥ مدنى) .

ومن هذا التعريف يتضح أن الشرط ينقسم الى نوعين من حيث ما يترتب على تحققه من آثار :

٢٠٢ — فإذا كان يترتب على تحققه وجود الالتزامسمى بالشرط الواقف *Conditoin suspensive* ومثاله أن يعد أب ولده بمكافأة مالية اذا نجح في الامتحان . عندئذ يكون التزام الأب معلقا في وجود ذاته ^(١) على واقعة النجاح . أما اذا كان يترتب على تحققه زوال الالتزامسمى بالشرط الفاسخ *condition résolutoire* ومثاله أن يهب شخص شخصا آخر منزلا على أن تفسخ الهبة اذا رزق (أى الواهب) في المستقبل ولدا ^(٢) . عندئذ يكون التزام الواهب موجودا منذ البداية ، ومتعينا من ثم تنفيذه . وان كان عرضة للزوال في المستقبل ان تحققت واقعة الانجاب : حيث يتعين على الموهوب له (الدائن) اذ ذاك أن يرد الشيء الموهوب الى الواهب . ومن هذه النتيجة يتضح أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف في الوقت

(١) وفي هذا ما يميز الشرط عن الأجل ، من حيث اثر كل منهما على الالتزام ، كما سنرى فيما بعد . فالاول له تأثيره على وجود هذا الالتزام ، فيما لا يؤثر الثانى الا على نفاذه . انظر في هذا المعنى :

LOUSSOUARN (Yvon) : De la distinction du terme et de la Condition. Rev. trim. 1970 P. 768 No. 13

جستان ، تعليق على حكم نيس الابتدائية (الاستئنافية) في ١٩٧٠/١٠/٢٤ (ج.ك.ب ١٩٧١ - ٢ - ١٦٨٦٦) : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٧ .

(٢) ويبين من هذا المثال ، ومن تحليل فكرة الشرط الفاسخ بدقة : انه ليس في الحقيقة الا نوع من الشرط الواقف ، لكن الذى يقفه ليس هو نشأة الالتزام وانما زواله . انظر في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٢ ، د. السنهورى ج ٣ بند ٢٠ .

ذاته : أو بعبارة أكثر وضوحا أن نشوء الالتزام على عاتق المدين معلقا بشرط فاسخ ، يقابله نشوء التزام على عاتق الدائن يكون معلقا على شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة للمدين . ففى المثال السابق ، تعد واقعة الانجباب شرطا فاسخا اذا ووجهت من زاوية المدين (الوادب) ، وتعد هى نفسها شرطا واقفا اذا ووجهت من زاوية الدائن ، يعلق التزامه برد المال الموهوب (١) .

٢٠٣ — هذا وقد يصعب — عملا — فى بعض الأحيان ، تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بشرط واقف أو بشرط فاسخ (٢) . ولهذا التحديد أهميته الكبيرة من حيث اختلاف الآثار التى تترتب على نوعى الشرط كما سنرى فيما بعد . والمرجع فى هذا الأمر الى نية الطرفين التى يستخلصها قاضى الموضوع من الظروف والملايسات .

الخصائص الواجب توافرها فى الواقعة التى تصلح ان تكون شرطا :

٢٠٤ — يشترط فى الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطا يعلق عليه الالتزام : أن تكون أمرا مستقبلا . غير محقق الوقوع . ومشروعا لا يخالف النظام العام أو الآداب .

١ — الشرط امر مستقبلي :

٢٠٥ — يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا لأنه — كما سنرى — يجب كذلك أن يكون غير محقق الوقوع . والاحتمال أو عدم تأكد الوقوع هو من خواص الأمور المستقبلية وحدها . فالأمر الماضى أو الحاضر لا يصلح أن يكون شرطا وقد تأكد وقوعه ، حتى ولو كان الطرفان

(١) فى هذا المتن د. السنهورى ج ٣ بند ٢٠ .

(٢) أشار لئذ الصعوبة : تعليق على نقض فرنسى ١٩٧٣/١١/٦

(د. ١٩٧٤ — ٩١) ، د. السنهورى ج ٣ بند ٢٠ ويمثل لها بفرض ما لو علق البيع على شرط موافقة الغير على البضاعة المباعة .

يجعلان ذلك (٢:١) . فاذا تعهد شخص بمكافأة اذا فاز حصان في سباق وكان يجهل أن السباق قد انتهى من مدة أو أنه انتهى في الوقت الذي تعهد فيه ، فان التزامه لا يكون مطلقا على شرط ، لأنه اذا كان الحصان قد فاز فان هذا الالتزام يكون قد انعقد منذ البداية بسيطا . أما في الحالة العكسية فان الالتزام لم يكن له من وجود منذ البداية .

٢ - غير محقق الوقوع :

٢٠٦ - ويجب من ناحية أخرى . أن تكون الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع ، بمعنى أن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمرا محتملا . وهو ما يفترض من ناحية ألا تكون مؤكدة الوقوع في المستقبل ، وألا تكون - من ناحية أخرى - مستحيلة الوقوع .

فاذا كانت الواقعة مؤكدة الوقوع في المستقبل كانت أجلا لا شرطا ، حتى ولو كان وقت وقوعها غير معروف كالوفاة . انما ليس ما بمنع أن تعتبر الوفاة شرطا اذا علق الالتزام على وقوعها في فترة معينة فتكون - خلال هذه الفترة - أمرا احتماليا . وهو ما يحدث كثيرا في مجال التأمين : فقد تتفق الشركة على تأمين حياة شخص خلال سفرية معينة فان مات خلالها استحق المستفيد مبلغ التأمين والا فلا يجوز مطالبة الشركة بالعوض ان وصل سالما . وعندئذ يكون التزام الشركة قد علق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع هو الوفاة في مدة معينة .

(١) أما المادة ١١٨١ من المجموعة المدنية الفرنسية . فتدسرت بالاحداث المستقبل ، الحادث الذي تحقق عند ابرام العقد . ما دام أن تحققه اذ ذاك كان مجهولا من المتعاقدين . وان اضافت فقرتها الثانية أن الالتزام في هذه الحالة الأخيرة ينتج اثره من يوم ابرام العقد . ويقول جوجلار ان المشرع استعار هذه التسوية من القانون الروماني . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٩ .

(٢) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندوير بند ٣٩١ ، مارتى ورينو بند ٧٤٥ وهما يرون في حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٨١ سابقة الاشارة ، ما يعنى أن المشرع يواجه بها في الحقيقة التزاما بسيطا لا موصوفا .

٢٠٧ — غير أن احتمال التحقق ، يتنافى كذلك مع استحالة .
فاذا كانت الواقعة المستقبلية مستحيلة الوقوع فلا تصلح أن تكون
شرطا ، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو قانونية . ومثال الأولى
أن أعدك بمبلغ معين اذا استطعت أن تكتب على صفحة الماء . ومثال
الثانية أن أتعهد لك بمبلغ معين اذا استطعت أن تطعن في حكم لا يجيز
القانون الطعن فيه .

٢٠٨ — على أن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المطلقة :
أى التى تقوم بالنسبة للكافة (١) . انما يظل التعليق ممكنا اذا كانت
الواقعة مستحيلة استحالة نسبية ما دام أن هذا النوع من الاستحالة
لا ينفى امكان تحقيق الواقعة من شخص غير من استحالت في
مواجهته . ومثال ذلك أن أعدك بمكافأة اذا قمت بتكبير احدى الصور
ثم يتبين أنك لست رساما . عندئذ يكون التزامى في مواجهتك معلقا
على شرط واقف لأنه في الواقع معلق على أمر مستقبل محتمل الوقوع .
وكونك أنت بالذات لا تستطيع تحقيق الشرط لا ينفى عنه أنه في ذاته
أمر محتمل التحقيق .

٢٠٩ — ومن ناحية أخرى فان المقصود بالاستحالة هنا هو
الاستحالة المعاصرة لوقت تعليق الالتزام على الشرط . فاذا كان هذا
الأخير ممكن التحقيق وقت التعليق ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك فان
الشرط يكون صحيحا وكل ما يترتب على الاستحالة الطارئة هو تخلف
الشرط .

٢١٠ — كذلك يتنافى مع عدم تحقق الوقوع أن يكون تحقق
الشرط رهنا بمحض ارادة المدين . وفي هذا الصدد تقضى المادة

(١) وراجع عكس ذلك ، وأن الاستحالة « يجب أن تقدر في الواقع —
بالنظر الى امكانيات الطرف المعنى (يقصد الدائن) » ، ستارك بند ١٨٢٦ .
كذلك يرى البعض أن الشرط يكون مستحيلا ماديا ، ليس فقط في حالة
الاستحالة المطلقة ، وانما أيضا اذا كان تحققه يفترض ظروفنا غير عادية
او يتطلب اتخاذ وسائل خارقة للعادة . اما الشرط مجرد صعب التحقيق
فانه لا يكون في حكم المستحيل . في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٤٨ .

٢٦٧ مدنى بأنه « لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » . وايضاح هذه الفكرة يقتضى التمييز بين أنواع ثلاثة من الشروط من حيث تعلقها بالارادة على النحو التالى :

(١) الشرط الاحتمالى :

٢١١ — وهو الأمر المرهون تحققه بالمصادفات وحدها دون أن يكون لارادة أحد العاقدين أى دخل فى تحققه (١) . كما لو تعهد شخص لآخر بجائزة مالية اذا فاز فريق رياضى معين بمسابقة الدورى العام . والشرط الاحتمالى هو الصورة النموذجية للتعليق على الشرط : ما دام أنه يعلق وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) على واقعة مستقبلية يكون أمر تحققها رهن الصدفة وحدها .

(ب) الشرط المختلط :

٢١٢ — وفيه يكون لارادة أحد العاقدين دخل فى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام . ولكن هذه الارادة لا تستأثر وحدها بإمكانية هذا التحقيق ، وانما تشاركها فيه ارادة شخص ثالث . كما لو تعهد شخص لآخر بمبلغ معين اذا استطاع أن يكون مع أحد الفنانين ثنائيا غنائيا . وتظل الواقعة المعلق عليها الالتزام فى هذه الحالة أمرا غير محقق الوقوع ما دام أن هناك ارادة أخرى لابد وأن تشارك ارادة العاقد فى تحقيقها . ومن ثم يكون التعليق على الشرط المختلط صحيحا : واقفا كان أم فاسخا .

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا النوع من الشرط : نقض مصرى

١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ .

(ج) الشرط الارادى (١) :

٢١٣ — وفيه تستقل ارادة أحد العاقدين بإمكانية تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام دون أن تقتيد بارادة أخرى • وهو على نوعين :

١ — شرط ارادى بسيط ، وفيه تكون الارادة — وهى فى سبيلها الى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام — مقترنة بعمل يتوقف على الظروف والملايسات : كأن أهبك مبلغا معيناً اذا تزوجت • فالزواج هنا — والفرض أننى لم أحدد شخص من يجب أن يتم الزواج بها — أمر تستقل ارادتك وحدك بإمكان تحقيقه ، ولكنه يرتبط بظروف وملايسات معينة تجعل منه فى الواقع أمراً غير محقق الوقوع • ومن ثم يصلح الشرط الارادى البسيط لتعليق الالتزام عليه (٢) : واقفا كان هذا الشرط أم فاسخاً ، متعلقاً بارادة الدائن أم بارادة المدين •

٢ — شرط ارادى محض : وفيه يكفى لتحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام مجرد تعبير عن الارادة ، فيكون وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) رهناً بمحض مشيئة أحد العاقدين • فإذا كان رهناً بمشيئة الدائن كان الشرط صحيحاً ، واقفاً كان أم فاسخاً • لأن معنى الشرط فى هذه الحالة أن المدين : اما قد أبدى استعداداً لأن يلتزم مستقبلياً أمر نشوء هذا الالتزام على ابداء الدائن لرغبته فى هذا المعنى (فى حالة الشرط الواقف) • أو أنه قد التزم بالفعل مستقبلياً مصير هذا الالتزام فى يد الدائن (فى حالة الشرط الفاسخ) • ومثال الحالة الأولى : أن أتعهد ببيع منزلى لك اذا أردت أنت ، ومثال الثانية أن أؤجر منزلى لك على أن يفسخ العقد اذا أردت أنت •

(١) راجع فى هذا النوع من الشرط :

H. MAZEAUD : Obligation conditionnelles. Condition Potestative. Rev. trim 1939 P. 225 - 226 No. 7.

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بنـد ١٨٢٢ • ومن تطبيقات القضاء

الفرنسى : انظر نقض (اجتماعى) ١٩٦١/١١/٩ (د . ١٩٦٢) س ٨٤ •

أما اذا كان رهنا بمشيئة المدين : تعينت التفرقة : فاذا كان هذا الشرط فاسخا . كان صحيحا لأن معناه أن المدين قد التزم بالفعل وانما استبقى مصير هذا الالتزام في بده هو . كما لو آجرت لك منزلى على أن يكون لى فسخ العقد حين أريد . أما ان كان واقفا : فانه يقع باطلا ولا ينشأ الالتزام الذى علق عليه ^(١) . لأن حقيقة الأمر فى هذه الحالة أن الرابطة القانونية لم تنشأ . لأن المدين قد علق نشوئها على محض رغبته هو فلا تكون الارادة جادة فى القصد الى الالتزام ^(٢) . ولذلك تقضى المادة ٢٦٧ فى هذا الشأن بأنه « لا يكون الالتزام قائما . اذا علق شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » ^(٣) .

٣ — وغير مخالف للنظام العام والآداب (م ٢٦٦) :

٢١٤ — ويجب أخيرا — أن يكون الشرط أمرا مشروعا ^(٤) . ونقصد بعدم مشروعية الشرط أن يكون الغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام غير مشروع : وذلك بصرف النظر عن الواقعة

(١) انظر : من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الفرض . نقض (تجارى) ١٩٨٢/٩/٢٣ (د . ١٩٨٣ — أ.ر — ١٢) . ونقض ١٩٨٢/١/١٩ (د . ١٩٨٢ — ٥٧) وتعلق لاروميه () وفيه ايدت حكم الاستئناف الذى قضى بأن شروط هذا الفرض لم تكن متوافرة فى الدعوى . (٢) فى هذا المعنى أيضا : ستارك بند ١٨٢٠ ، كاربونيه بند ٦٢ ص ٢٠٤ ، مارتى ورينو بند ٧٥١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٣ .

(٣) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى مادة ١١٧٤ مدنى ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف باريس ٢٢ / ١٢ / ١٩٥٣ (د . ١٩٥٤ — س — ٤٨) ، باريس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٧٠/٧/٢ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٠٩) .

(٤) راجع — مع ذلك — د. جميل الشرقاوى (بند ٥٢ ص ١٧٤ . ١٧٥) ، الذى يرى أنه من غير المتصور — والشرط كوصف للالتزام يجب أن يكون عنصر عرضيا فيه — أن يوصف بالمشروعية أو عدم المشروعية لأن هذه أو تلك هى « صفة لا تثبت الا للغاية التى يهدف اليها شخص من الأشخاص » . وهكذا يرى أن اشارة المادة ٢٦٦ الى عدم مشروعية الشرط « تقوم على خلط بين الشرط بمعنى الوصف والشرط كجزء من محتوى التصرف القانوني » .

في حد ذاتها (٢٤١) . فإذا كان هذا الغرض مشروعاً : صح الشرط ولو كانت الواقعة في ذاتها أمراً غير مشروع . كما لو علقت فسخ بيع منزلي لك على ايدائك لجارك . فالايذاء فعل غير مشروع في ذاته ، ولكن الغرض من الشرط هو حملك على عدم الايذاء ، فهو أمر مشروع . وبالتالي يصح الشرط . أما اذا كان الغرض غير مشروع فإن الشرط يبطل ولو كانت الواقعة في ذاتها أمراً مشروعاً : كما لو علقت فسخ عقد ايجار احدى شقق منزلي لك . على عدم ايدائك للجار المقابل لحمله على اخلاء شقته . فمع أن الواقعة المعلق عليها الشرط وهي عدم الايذاء واقعة مشروعة في ذاتها الا أن القصد من اشتراطها في هذا المثال كشرط فاسخ يكون حمل المستأجر على ايذاء الجار فهو قصد غير مشروع ومن ثم يبطل الشرط .

٢١٥ - ويبقى في هذا الصدد التساؤل عن مصير الالتزام ذاته ، اذا بطل الشرط المعلق عليه لعدم مشروعيته . هل يقتصر البطلان على هذا الأخير وحده أم يمتد بدوره الى الالتزام . وهو ما يصدق أيضاً على تعليق الالتزام على شرط مستحيل .

اذا كان الشرط واقفاً فإن معنى ذلك أن المدين قد علق التزامه على وجوب تحقيق واقعة غير مشروعة . فيكون باعته الدافع الى

(١) في هذا المعنى : د. انور سلطان بند ٢٣٧ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٤٠ ، د. اسماعيل غانم بند ١٤٢ .
وتبعاً لذلك يستخلص بعض الشراح : أن الشروط غير المشروعة تكون بالضرورة شروطاً ارادية لأنها ترمى دائماً الى حث الشخص على اتخاذ عمل معين غير مشروع ، فيما أن الشروط الاحتمالية لا يمكن أن تكون شروطاً غير مشروعة ، ما دام أن حدوث الواقعة في المستقبل أو عدم حدوثها : لا علاقة له بارادة أي من الطرفين . انظر : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣٩٥ .

(٢) ويرى بعض الشراح أن شرط عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج ، وإن كان شرطاً غير مشروع في الأصل بحسبانه يهدر حرية من حريات الفرد الأساسية ، إلا أنه يمكن — استثناءً — أن يكون شرطاً مشروعاً ، كما لو كان المشترط عليه شخصاً طاعناً في السن ، حيث يقصد بالشرط في هذه الحالة تجنبه اندفاعاً وراء الأهواء خطيراً عليه ، انظر ستيارك بند ١٨٢٧ .

الالتزام في هذه الحالة هو ذلك الأمر غير المشروع . وبالتالي فإن بطلان الشرط سوف يستتبع بالضرورة بطلان الالتزام . ما دام يشترط في هذا الأخير أن يجد الباعث الدافع إليه في أمر مشروع .

أما إذا كن الشرط فاسخا فإنه بموجب المادة ٢٦٦ / ١ مدني ، « هو نفسه الذي يعتبر غير قائم » . ومعنى ذلك أنه هو الذي يبطل وحده ويبقى الالتزام ^(١) . ويجد هذا الحكم تفسيره في أن الالتزام في هذه الحالة يعتبر قد قام منذ البداية باقنا غير معلق « ما دام أن الواقعة المستقبلية التي تهدد بزواله بعد قيامه ونفاذه هي أمر غير مشروع لا ينبغي قانونا أن يتحقق » ^(٢) .

غير أن المشرع عاد فاستدرك بالفقرة الثانية من نفس النص حالة ما إذا تبين أن الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام كانت من الأهمية في قصد الملتزم حتى أنها كانت باعثة الدافع الى الالتزام ؛ فعندئذ يعتبر الالتزام نفسه غير قائم . بما يعنى أن المشرع في مجال الشرط الفاسخ قد فرق بين شرط ثانوى وشرط هام ، وقصر بطلان الالتزام على عدم مشروعية الثانى وحده باعتباره — دون الأول — هو السبب الدافع للالتزام . ونرى — مع بعض الشراح أن هذا التمييز منتقدا ^(٣) : اذ لا يسوغ — من ناحية — وصف الشرط بأنه ثانوى لا يؤثر على الالتزام وقد ارتقى في قصد الملتزم الى حد جعله سببا لزوال الالتزام ^(٤) . كما أنه من غير المنطقي — من ناحية أخرى — أن نعتبر الشرط في الحالة الثانية هو السبب الدافع الى الالتزام حين أن الملتزم قد علق عليه زوال هذا الالتزام لا انشائه ^(٥) . والأكثر منطقية

(١) انظر في تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .
(٢) انظر د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٣ ، وفي نفس المعنى د. السنهوري ج ٣ بند ٢١ .
(٣) انظر د. أنور سلطان بند ٢٣٧ ، د. اسماعيل غام بند ١٤٣ .
(٤ ، ٥) في هذا المعنى د. اسماعيل غام بند ١٤٣ .
(م ١١ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

أن يقال بأن اشتراط أمر غير مشروع يعلق الملتزم على تحققه زوال الترامه يجعل هذا الالتزام نفسه ، وليس الشرط المعلق عليه ، مبنيا على باعث دافع غير مشروع . ومتى كان ذلك فانه يجب — في كل الأحوال — أن يترتب على بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته بطلان التصرف وعدم قيام الالتزام^(١) . وهى نفس الحكم المقرر في حالة الشرط الواقف كما سبق أن ذكرنا . : لأن الالتزام اذا علق على شرط غير مشروع ، واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ، انما يكون باعثة الدافع في الحالتين هو أمر غير مشروع بما يجعل منه التراما باطلا^(٢) .

الآثار التى تترتب على الشرط (٣) :

يرتب الشرط — في أثناء فترة التعليق وقبل أن يعرف مصيره —

(١) في هذا المعنى ايضا د. اسماعيل غانم : الاشارة السابقة .
(٢) وفي فرنسا : تقضى المادة ١١٧٢ مدنى بأن كل شرط مستحيل أو مخالف للأداب أو محظور قانونا : يكون باطلا . ويؤدى الى بطلان الاتفاق المعلق عليه . (انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف أنجير ١٩٦١/٦/١٦ « د. ١٩٦١ — ٥٧٣ » .) . فيما تقصر المادة ٩٠٠ — في خصوص التبرعات (الهبات والوصايا) — البطلان في هذه الأحوال ، على الشرط وحده دون التصرف الذى يتضمنه . ويشير ستارك (بند ١٨٢٨) الى أن الحل المقرر بالمادة الأخيرة يستند الى اعتبارات تاريخية .

لكن القضاء الفرنسى لم يتبع : في الواقع ، هذه التفرقة : فمن ناحية ، قضى ببطلان التبرعات — تأسيسا على المادة ١١٣١ مدنى — اذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للأداب التى علقت عليه ، قد لعب دورا رئيسيا في نشأتها لأنه كان هو الباعث الدافع الى التبرع . (انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٩/١/٥ « د. ١٩١٣ — ٥ — ٣٥ » ، نقض ١٩٣٨/١٢/٢٨ « د. ١٩٣٩ — ١٣٢ » .) . وبالمقابلة ، بداله من المبالغ فيه ابطال عقد المعاوضة بأكمله اذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للأخلاق ، شرطا ثانويا لم يكن هو الباعث الدافع الى الالتزام . وقصر — من ثم — أثر البطلان على الشرط وحده . (انظر مثلا : نقض ١٩٣٢/١١/٢١ « د. ١٩٣٣ — ١٩ » ، السين المدنية ١٩٤٧/١٢/٢٠ (ج. ب ١٩٤٨ — ١ — ٥٦ ر. ت ١٩٤٨ — ٣٣٢) وتعليق هنرى وليون مازو) . وانظر في تأييد هذا الحل : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٥ . وهكذا وصل تقريبا الى ما يشبه الحكم في القانون المصرى .

(٣) انظر في هذا الشأن ، مقال ليلوتر . المجلة الانتقادية ١٩١٢ سابق الاشارة .

آثارا تختلف عما يرتبه بعد انتهاء التعليق وتبين مصيره . تحققا أو تخلفا .

أولا : آثار الشرط في فترة التعليق :

(١) في حالة الشرط الواقف :

٢١٦ — إذا كان الشرط واقفا كان للدائن — في فترة التعليق — حقا في مواجهة المدين وليس مجرد أمل ^(١) . ما دام أن المدين لا يمكنه قبل أن يبين مصير الشرط أن يتحلل مما وعد به الدائن .

ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون « للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » (م ٢٦٨ مدنى) كقيد الرهن أو تسجيل العقد . كما أن هذا الحق يقبل الخلافة العامة والخاصة . وهو يخول صاحبه أيضا أن يباشر من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما لا يستلزم أن يكون حق الدائن مستحق الأداء كدعوى الصورية . غير أن هذا الحق من ناحية أخرى — والواقعة المستقبلية التى علق عليها قد لا تتحقق — لا يعدو أن يكون حقا محتملا ^(٢) غير مؤكد . ويتفرع على

(١) وتعبرا عن مركز الدائن أثناء فترة التعليق يقول د. اسماعيل غانم ، انه وان « لم يكتسب الحق الذى تعهد به المدين بعد . الا ان له حقا مكتسبا في ان يوجد الالتزام اذا ما تحققت الواقعة المشروطة » . بند ١٤٥ ، كذلك جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ان حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو من الحقوق التى ينظمها القانون ويحميها . نقض ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ . وانظر عكس ذلك : وان الدائن تحت شرط واقف ليس له الا مجرد أمل :

PLANIOL (M), RIPERT (G) et BOULANGERS (J) : Tr. élé. de droit. civil. T. ; 3éd. 1949 N. 1358.

وان كانوا يتسولون . في نفس الوقت . ان الدائن هنا يملك « شيئا » يجب الاعتداد به . هو الأمل في أن يكون يوما ما دائنا . ويرون في هذا الأمل مما ينظمه القانون ويحميه . انظر في التعليق على هذا الرأي : د. السنهوري ج ٣ ص ٣٩ هامش ١ .

(٢) في هذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١٤٥ : وقارن د. السنهوري ج ٣ بند ٢٩ الذى يجعل للحق الاحتمالى مرتبة في الوجود والنفذ أدنى من مرتبة الحق المطلق على شرط واقف : حيث الأول لا وجود له ويحتمل =

ذلك : أنه من ناحية لا يقبل التنفيذ الجبرى (١) ، لا بشكل مباشر (كأن يطالب الدائن به قضاء) ولا بشكل غير مباشر (كأن يقاضى به ديناً عليه للمدين) • كما أن الدائن لا يستطيع كذلك أن يرفع من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما يستلزم أن يكون الحق مؤكداً كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية • كما أنه أيضاً لا يقبل التنفيذ الاختيارى ، ومن ثم فإذا أوفاه المدين جاهلاً قيام الشرط كان له استرداد ما أوفاه • غير أن التزام المدين به لا يسقط بالتقادم المدقظ طيلة ما بقى التعليق قائماً ما دام أن التقادم لن يبدأ سريانه إلا من وقت تحقق الشرط (٢) •

= الوجود ، أى أنه معدوم على خدار الوجود • فيما أن الثانى ووجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود • وانظر بوجه عام فى تفاصيل مراتب الحق من حيث الوجود والنفاد ، نفس الموضع من نفس المؤلف •
وفى فرنسا : يرى البعض أن للدائن فى هذه الفترة حقاً محتملاً • يحال منطقة وسطاً بين مجرد الأمل (الذى لا يعتبر حقاً) والحق المحض المجرد • ويقصد بالآمل هنا ، أمل الدائن فى أن يرى يوماً الشرط الواقف وتند تحقق ومن ثم نشأ الالتزام • كما يصف هذا الحق الاحتمالى بأنه حق ضعيف جداً • انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٩ ، ١٠٣٢ ، ويرى البعض الآخر • أن للدائن فى هذه الفترة حقاً مؤكداً لكن الميزات التى تنتج عنه ميزات محدودة • انظر ستارك بند ١٨٣٤ ، وعلى حد تعبير بعض ثالث ، تكون « بذرة le germe » الحق موضوعة فى هذه الفترة ، انظر كاربونيه بند ٦٣ ص ٢٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٧ ، ويقترب من نفس المعنى : جوسران بند ٧٤٠ ، ويتوقف مارنى ورينو ، مسلمين بأن للدائن فى هذه الفترة حقاً مما يصعب تحديد طبيعته ، بند ٧٥٤ • ولكنهما مع ذلك لا يرون فيه مجرد حق احتمالى • وانظر فى الحق الاحتمالى ، بوجه عام •
مراجعة فابر أمام محكمة باريس الابتدائية (الاستثنائية) فى ١٩٦٨/٧/٣ (ج.ك.ب ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٥٦٩) •

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه بالنظر الى أن الالتزام فى فترة التعليق يكون موجوداً ولكن وجوده ليس مؤكداً • فإنه لا يجوز للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية المطالبة بحقه جبراً أو اختياراً طالما لم يتحقق الشرط • ورتبت على ذلك أن دعوى صحة التعاقد التى يرفعها الدائن قبل تحقق الشرط تكون قد رفعت « قبل اوانها » • ما دام أن موضوع هذه الدعوى لا يقتصر على محل العقد « بل يتناول تنفيذه أيضاً » اعتباراً بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقاً للمادة ٢٠٠ مدنى •
نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ •

(٢) انظر نقض مصرى ١٩٧٢/٢/٢٩ المجموعة السنة ٢٣ (عدد ١)

رقم ٤١ ص ٢٦١ •

(ب) في حالة الشرط الفاسخ :

٢١٧ — إذا كان الشرط غاسخا كان للدائن حقا موجودا وناظدا ، ولكنه مهدد بالزوال في المستقبل ان تحققت الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام^(١) . ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون لحاحبه — طيلة فترة التعليق — كل حقوق الدائن بالتزام بسيط منجز ، من حيث امكان المطالبة به جبرا ، وصحة الوفاء به اختيارا ، وصحة الاستناد اليه في رفع دعاوى المحافظة على الضمان العام جميعها . كما يسرى التقادم المسقط في شأنه من وقت قيامه . أما من حيث امكان التمسك بالمقاصة فالبعض لا يجيزها بين حق من هذا النوع محتمل الزوال وبين دين بسيط على الدائن لمدينه^(٢) . حين يرى البعض الآخر جواز المقاصة بهذا الحق على أن يكون مصير المقاصة نفسها رهنا بتحقق الشرط الفاسخ . حين يترتب على هذا التحقق زوال المقاصة بأثر رجعى^(٣) .

ويتفرع على احتمال زوال حق الدائن أن التصرفات التي يباشرها عليه خلال هذه الفترة تقع مرهونة بمصيره وتكون من ثم عرضة للزوال .

ثانيا — آثار الشرط بعد تبين مصيره :

مداول تحقق الشرط ، ومدلول تخلفه :

٢١٨ — يبين مصير الالتزام اذا انتهت فترة التعليق ، بتحقيق الشرط أو بتخلفه . ويجب — حتى يمكن القول بأن الشرط قد تحقق أن تكون الواقعة التي علق عليها الالتزام قد تحققت بالفعل ، وعلى

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

(٢) من هذا الاتجاه : د. السنهورى ج ٣ ص ٤٥ هامش ١ ، د. أبو ستيت بند ٦٨٥ ، د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٥١ ، د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٥ .

(٣) من هذا الاتجاه : د. انور سلطان بند ٢٤ ، د. اسماعيل غانم بند ١٤٦ وهامش ٢ من ص ٢٩٧ ، د. البدر اوى بند ٢٢٧ ، ويؤيده ضمنا د. شمس الدين الوكيل بند ٢٣٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٤٤ ، د. جميل الشرقاوى بند ٥٣ ، ستارك بند ١٨٣٣ .

النحو : وفي المدة التي اتفق عليها الطرفان ان كانا قد حددا شروطا لتحقيق الواقعة ، أو ضربا زمنا معيناً يجب أن تتحقق فيه (٢،١) .

وإذا كان الشرط سلبياً (٣) — بمعنى أن الالتزام علق على شرط عدم وقوع أمر ما في المستقبل — وكان محدداً بوقت معين ؛ فإنه يتحقق — بداهة — إذا انقضى هذا الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو « يتحقق كذلك قبل انقضاء هذا الوقت ؛ إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٤) . أما إذا لم يكن محدداً بوقت « فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر : وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين . وتقدير ذلك ، بأدلة تبرره عقلاً . مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع » (٥) .

٢١٩ — ويتصور — عملاً — أن يكون الالتزام معلقاً على شرطين ، وفي هذه الحالة ، فإنه يلزم لوجوب تنفيذه أن يتحققا معاً . ومن ثم فإنه يكفي للقول بعدم وجوب هذا التنفيذ تخلف أى منهما (٦) .

(١) وقد قضى — في فرنسا — بأنه في حالة ما إذا لم يكن الطرفان قد حددا مدة يجب أن يتحقق الشرط فيها ؛ فإن مرور وقت طويل دون تحقق هذا الشرط يمكن معه أن يعتبر هذا الأخير قد تخلف . انظر استئناف مونيبيليه ١٩٤٨/٦/٢٣ (د . ١٩٤٨ — ٥٤٣) . وفي هذه الدعوى كان الشرط هو الحصول على ترخيص إداري ، وفيها قضت المحكمة بأن الطرفين في هذه الحالة يعتبران قد اتفقا ضمناً على مهلة . وللمحكمة استخلاص هذه المهلة .

(٢) فإذا تحقق الشرط في المدة المحددة ، رتب الالتزام أثره (من يوم إبرام العقد كما سنرى) ولو كان الدائن به قد توفي خلال فترة التعليق ؛ حيث ينتقل الحق فيه إلى ورثته . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(٣) انظر في تقسيم الشرط إلى إيجابى وسلبى ، ومدلول كل منهما : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٤ .

(٤) انظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٣٨ .

(٦) انظر في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/١٤ المجموعة السنة ١٧ (ع / ٣) رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩ ؛ وقد جاء فيه أن الحكم المطعون فيه ، إذ استند « في استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحد الشرطين ، كان ذلك كافياً وحده لحمل قضاؤه في هذا الخصوص ، ويكون غير منتج النعى عليه بأنه اعتمد على تخلف الشرط الآخر الذى لم يؤذن بابطاله » .

٢٢٠ — غير أن الشرط يعتبر قد تحقق حكماً (١) ولو تخلف فعلاً إذا كان من له المصلحة في تخلفه هو الذي حال دون هذا التحقق بخطأ منه (٢) . ومثاله في الشرط الواقف أن يعد شخص شخصاً آخر بمبلغ من المال إذا نجح في الامتحان ثم يعوقه عن دخول هذا الامتحان . عندئذ يكون الواعد . وهو من له مصلحة في تخلف الشرط الواقف ، هو الذي حال دون تحقق هذا الشرط بخطأ منه ، فيعتبر الشرط قد تحقق مع أنه في الواقع قد تخلف . ومثاله في الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص شقة لآخر على أن يفسخ الإيجار إذا تزوج ابن المؤجر فيعمد المستأجر إلى قتل هذا الابن . ويمكن تخريج هذا الحل على أساس من أن الخطأ المتمثل في الحيلولة دون تحقق الشرط يستتبع الزام المخطئ بالتعويض . وخير تعويض في هذه الحالة هو اعتبار الشرط قد تحقق ضده (٣) .

٢٢١ — ويعتبر الشرط قد تخلف حكماً ولو تحقق فعلاً إذا كان صاحب المصلحة في تحقيقه قد حققه (أي حال دون تخلفه) بخطأ منه . ومثاله في الشرط الواقف أن تتعهد شركة تأمين بدفع مبلغ للمستأمن إذا احترقت منشأته ، فيعمد هذا الأخير إلى إحراقها . ومثاله في الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص سيارة لآخر على أن يفسخ الإيجار إذا أعطت سيارة شقيقه فيعمد المؤجر إلى إعطاب سيارة هذا الأخير .

هذا وليس يلزم لاعتبار الشرط قد تحقق أو تخلف حكماً ، على التحديد السابق ، أن يصل خطأ المدين في هذا الشأن إلى درجة

(١) هذا وليس الدائن بالالتزام الشرطي هو الذي يقع عليه — في هذه الحالة — عبء اثبات أن الشرط كان سيتحقق لولا أن حال المدين دون تحقيقه ؛ إنما المدين هو الذي له — إذا أمكنه — أن يقيم الدليل على أن الشرط ما كان سيتحقق حتى ولو لم يكن قد حال — بفعله — دون تحقيقه . انظر في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (٣/ع) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ ؛ وفي فرنسا : استئناف تولوز ١٩٦٠/١٠/١٩ (د . ١٩٦٢ — ٩٦ وتعليق برو) ؛ استئناف باريس ١٩٦٢/٣/١٣ (د . ١٩٦٢ — ٤٥٨) .

(٣) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

العمد أو الغش^(١) ؛ حين لا يكفي — بالمقابلة — أن يكون مجرد عمله هو الذى حال دون تحقق الشرط أو تخلفه من غير أن ينطوى (أى هذا العمل) على خطأ^(٢،٣) .

اثر تحقق الشرط ، واثر تخلفه :

٢٢٢ — ويبقى — بعد تحديد مدلول تحقق الشرط ومدلول تخلفه — أن نعرض لآثار الشرط بعد تحققه أو تخلفه : مفرقين فى كل فرض ، بين ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا .

١ — تخلف الشرط :

٢٢٣ — اذا كان الشرط واقفا وتخلف ، ترتب على ذلك انعدام احتمال تحقق الالتزام الذى كان معلقا عليه ؛ فيزول ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية . (لأن للشرط فى تحققه أو تخلفه أثرا رجعيا كما سنرى) . ويتفرع على ذلك زوال التصرفات التى يكون الدائن قد باشرها بالاستناد الى حقه المحتمل أثناء فترة التعليق . كما يسقط ما يكون قد اتخذه من اجراءات للحفاظ على هذا الحق فى نفس الفترة .

٢٢٤ — أما اذا كان الشرط فاسخا وتخلف ، فان معنى تخلفه أن الواقعة التى كانت تهدده بالزوال قد تأكد أنها لن تتحقق فيتأبد الحق نهائيا وتتأيد بالتالى جميع التصرفات التى باشرها الدائن عليه فى أثناء فترة التعليق .

ب — تحقق الشرط :

٢٢٥ — اذا كان الشرط واقفا وتحقق ، تأكد وجود الالتزام ،

(١) كما لا يلزم أن يكون هذا الخطأ ثابتا ، اذ يمكن ، فى هذا الشأن ، أن يكون مجرد خطأ مفترض . انظر فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٤٦/٥/٢١ (د . ١٩٤٦ — ٤٠٣) وتعليق H. L .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ ؛ د . السنهورى ج ٣ بند ٣٧ .

(٣) كما لو كان المدين بعمله هذا — مثلا — يستعمل حقالة . انظر فى هذا المعنى : محكمة السين المدنية ١٩٢٣/٥/١٥ (د . ١٩٢٣ — ٣٧٤) .

وأصبح حق الدائن الذى كان مجرد محتمل خلال فترة التعليق . حقا نافذا ومستحق الأداء . ومن ثم يصبح صالحا لترتيب جميع الآثار التى يرتبها الالتزام البسيط . وذلك منذ نشأة هذا الالتزام . وتفرعا على ذلك فإنه اذا ما كان الشرط الواقف قد ورد — بالفرض — فى عقد ملزم للجانبين ، وكان الدائن صاحب الحق المعلق على الشرط قد بادر باختياره ومتحملا مخاطر هذه المبادرة الى تنفيذ جانب مما يلتزم به فى هذا العقد ، قبل تحقق الشرط ، ثم أدركه هذا التحقق : فإن حقه فى مقابل هذا الالتزام الذى نفذ يصبح مؤكدا ، ويتعين على المدين أن يفي به له (١) .

كذلك يبدأ سريان التقادم فى شأن هذا الالتزام ولكن منذ تحقق الشرط : كما سنرى فيما بعد .

٢٢٦ — أما اذا كان الشرط فاسخا وتحقق : أصبح زوال الالتزام الذى كان أثناء فترة التعليق مجرد احتمال ، أمرا محققا . ويعتبر حق الدائن وكأنه لم يوجد أصلا (٢) . وتزول بالتالى جميع

(١) وفى هذا الخصوص ، طرح على القضاء الفرنسى دعوى تتعلق بعقد مقاوله ، كان التزام رب العمل فيه ، معلقا على شرط حصوله على قرض يمكنه من دفع تكاليف الأعمال . حيث بادر المقاول ، فى هذا العقد ، الى تنفيذ جانب من مشروع الأعمال قبل أن يتحقق هذا الشرط ، ثم حصل رب العمل على القرض ، فى الوقت الذى عدل فيه عن فكرة تنفيذ هذا المشروع ، فطالبه المقاول بدفع تكاليف الأعمال التى سبق أن نفذها . فقضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن محكمة الاستئناف التى رفضت طلب المقاول تأسيسا على أن التزامات الطرفين كانت قد نشأت فقط من تاريخ الحصول على القرض ، وأن المقاول لم يكن من حقه أن يبدأ فى تنفيذ الأعمال إلا بعد هذا التاريخ ، قد جازت الصواب . لأنها « عندما قضت بهذا الشكل دون أن تبحث ما اذا كان العقد يحظر على المقاول أن يبدأ الأعمال قبل تحقق الشرط ، لم تقدم أساسا قانونيا لحكمها » . انظر : نقض فرنسى ١٩٧٦/٢/١٩ د. ١٩٧٦ — ١٠ ر. — ١٥٠ .

(٢) وتطبيقا لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية ، بأنه اذا تحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه الالتزام فى عقد هبة ، زال هذا الالتزام « وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يستند الواهب الى عذر مقبول ، وإنما يكفى تحقق الشرط . كما لا يجوز للموهوب =

التصرفات التي باشرها على هذا الحق أثناء فترة التعليق • ولم يستثن
المشرع من ذلك سوى أعمال الإدارة التي يكون الدائن قد أجراها
خلال فترة التعليق • فهذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط • ويجد
هذا الاستثناء تبريره في أن هذه الأعمال من الضروري القيام بها
في الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال • على أن هذا
الاستثناء مشروط من ناحية بحسن نية الدائن الذي أجراها ومن
ناحية أخرى بعدم تجاوز هذه الأعمال الحد المألوف في أعمال
الإدارة (والمألوف في مدة الاجرة مثلا — هو ثلاث سنوات) •

الأثر الرجعي للشرط (٢٤١) :

٢٢٧ — إذا تحقق الشرط أو تخلف فإن تحققه أو تخلفه إنما
يستند إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام • ويقال عندئذ أن للشرط

= له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.
ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ... » . نقض ١٦/٣/١٩٧٨ المجموعة
السنة ٢٩ رقم ١٥٢ ص ٧٧٣ .
(١) انظر في هذا الشأن :

JAMBU - MERLIN (R) : Essai sur la rétroactivité dans les
actes juridique. Rev. trim. 1948. P. 271 - 299 ; GEGOUT :
Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 P. 253
et s. ; CHAUSSE (A) : DE la rétroactivité dans les actes
juridiques Rev. crit. 1900 P. 529 — 547.

مارتى ورينو بنس ٧٥٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنس ٤٠٠ ؛
وراجع في النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للشرط الواقف :
LOUSSOUARN (Yvon) : Consequences de la rétroactivité de la
condition suspensive. Rev. trim. 1969 P. 564. No. 13.

(٢) انظر • من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القاعدة : نقض
١٩٧٦/٢/١٩ (د. ١٩٧٦ — أ.ر. — ١٥٠) ؛ نقض ١٩٦٨/١٠/٣ (د. ١٩٦٩ — ٨١ ؛ ر. ت. ١٩٦٩ ص ٥٦٤ بند ١٣ وتعليق لوسوران .
وقد قضى : في فرنسا • بأنه في حالة بيع عقار تحت شرط واقف •
فإن قيمة هذا العقار يجب أن تكون مقدرة بالنظر إلى يوم البيع وليس
إلى يوم تحقق الشرط ، وذلك لمعرفة ما إذا كان هذا البيع يقبل الإبطال
بسبب الغبن . انظر نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٧ — ٢ —
١٥٣٠٧) .

أثرا رجعيا ^(١) . ويأخذ القانون المدني المصري بهذه القاعدة كأصل متبعا في ذلك مذهب الشرائع اللاتينية . ويورد عليها بعض الاستثناءات، وذلك على العكس من الشرائع الجرمانية التي لا تأخذ بهذه القاعدة ^(٢) كأصل وذلك لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار ^(٣) وان أجازتها في بعض الاستثناءات ^(٤) .

٢٢٨ — وتبرر هذه القاعدة — عادة — على أساس من اعتبارها تفسيرا معقولا لارادة المتعاقدين ^(٥) اللذين لو كانا يعلمان منذ البداية أن الواقعة المستقبلية التي علقا عليها وجود الالتزام أو زواله سوف تتحقق بشكل مؤكد لما كانا قد لجأ الى التعليق على الشرط في الحالة الأولى ولما اتفقا على انشاء الالتزام أصلا في الحالة الثانية ^(٦) . كما تجد تبريرها العملي في حماية الطرف الذي يتحقق الشرط لمصلحته (وهو الدائن في الشرط الواقف ، والمدين في الشرط الفاسخ) من آثار

(١) وفي تأصيل هذه القاعدة يرى البعض انها مجاز أو افتراض قانوني . في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣٩٧ ؛ بودري لاكانتينري وبارد (اشار اليهما كاربونيه ص ٢٠٩) ؛ وفي مصر : د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ ؛ فيما يرى فيها البعض الآخر مطابقة للحقيقة ؛ فالحق المشروط يوجد من قبل ، في حالة كامنة ، قبل تحقق الشرط . وما حصول الحدث المستقبل الا تأكيدا له . انظر في هذا المعنى : كورنى ، تعليق (س ١٩٥١ — ١ — ١٢٧ عمود ١) ؛ لارومبير (اشار اليه كاربونيه ص ٢٠٩) .

(٢) كذلك لم يلجأ الرومان الى مثل هذه الحيلة . اشار لذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، وكاربونيه بند ٦٣ ص ٢٠٩ .

(٣) ويمثل كاربونيه لهذه الخطورة ، بفرض المشتري حسن النية الذى يشتري من مالك تحت شرط فاسخ .

(٤) كما انها تجيز للمتعاقدين اشتراطها صراحة في العقد ، حين لا ترتب الرجعية في هذه الحالة أثرها الا في علاقة الطرفين . ودون اضرار بحقوق الغير . اشار لذلك : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤٠٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ .

(٥) في هذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٦) وانظر عكس ذلك . وان هذا التفسير اقرب الى التخمين ؛ لأن الطرفين لو كان لديهما فعلا مثل هذه النية لكانا قد افصحا عنها . اما وقد التزما الصمت — على العكس ، فان المنطقى أكثر ان يفترض انهما بتعليقهما الالتزام على واقعة مستقبلية ، قد قصدا ان يرجئا نشأة هذا الالتزام الى المستقبل . كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤٠٠ .

التصرفات التي يمكن أن يكون الطرف الآخر قد باشرها على الحق أثناء فترة التعليق ، فلا تنفذ هذه التصرفات في مواجهته (١) .

٢٢٩ — غير أن هذه القاعدة كما سبق أن ذكرنا تقبل الاستثناءات التالية :

١ — للطرفين أن يتفقا على استبعاد الأثر الرجعي للشرط .
فطالما أن هذه الفكرة في ذاتها إنما تستند الى الارادة المحتملة للمتعاقدين ، فإنه اذا ما كذبتها ارادتهما الحقيقية وجب التعويل على هذه الأخيرة (٢) .

٢ — كذلك قد تستعصى طبيعة بعض العقود على اعمال فكرة الأثر الرجعي للشرط . كما في عقود المدة أو العقود الزمنية . فإذا علق عقد الايجار — مثلا — على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط الا بعد مدة معينة تمكن خلالها المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فلا يمكن في هذه الحالة أن نجعل لهذا الفسخ أثرا رجعيا طالما أن ما مضى من زمن (على انتفاع المستأجر بالعين) لا يمكن الرجوع فيه .

٣ — ومقتضى اعتبارات العدالة استبعاد فكرة الأثر الرجعي للشرط . اذا هلك محل الالتزام بسبب أجنبي أثناء فترة التعليق . وذلك لوضع هذه التبعة موضعها الذي ينبغي أن يكون . وقد حرص المشرع على تحقيق هذه الاعتبارات حين نصت المادة ٢٧٠/٢ مدني على أنه « لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه » (٣) .

(١) في هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٦٧٤ وتعليق مورجويون) : نقض (عرائض) ١٩٢٥/٢/١٠ (س ١٩٢٥ — ١ — ٦٢) .

(٣) وفي نفس المعنى ، م ١١٨٢ مدني فرنسي .

ذلك أنه من المعروف أن الشيء يهلك أصلاً على مالكه . وهذا ما يسمى بتبعية الشيء . فإذا كان هذا الشيء محلاً لعقد بيع فإن تبعة هلاكه تكون رهناً بالتسليم ؛ وهذا ما يسمى بتبعية العقد . ومقتضى أعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط وهي لا تعدو أن تكون مجازاً ، أن توضح التبعة في بعض الفروض موضعاً يخالف هذه الأصول .

فإذا انعقد البيع معلقاً على شرط واقف وهلك المبيع في فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن أعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط سوف يؤدي إلى القول بأن البيع قد انعقد منذ البداية باتاً . وانتقلت به وجبه الملكية للمشتري . فإذا كان هذا الأخير قد تسلم المبيع في فترة التعليق ومن ثم هلك تحت يده فإنه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مشترياً تسلم الشيء . وتبدو عدم عدالة هذا الحل — بصفة خاصة — في القانون الفرنسى الذى يربط تبعة الهلاك فى البيع بانتقال الملكية . ولما كانت هذه الأخيرة تعتبر — بأعمال فكرة الأثر الرجعى — قد انتقلت للمشتري من وقت البيع فإن المبيع يهلك عليه حتى ولو كان البائى لم يسلمه إليه بعد . لذلك كان من المفهوم أن يعطل المشرع أعمال فكرة الأثر الرجعى فى هذه الحالة . ومؤدى هذا التعطيل أن الملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا منذ تحقق الشرط . بيد أن الفرض هو أن محل البيع كان قد هلك قبل ذلك فى فترة التعليق وعندئذ لا يكون عقد البيع قد انعقد لانعدام محله ، ولا يكون المبيع قد خرج من ملك البائع ، فلا تنطبق فكرة تبعة العقد وإنما نعود إلى الأصل ؛ فتكون تبعة هلاك الشيء على مالكه ، وهو البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده .

أما إذا كان البيع قد انعقد معلقاً على شرط فاسخ ، وهلك المبيع خلال فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن مؤدى أعمال فكرة الأثر الرجعى أن يعتبر البيع كأن لم يكن منذ البداية أو بعبارة أخرى أن الشيء لم يخرج قط من ملكية البائع (مالكه الأصلى) فيهلك عليه وفقاً للأصل فى تبعة هلاك الشيء ، وهو غير عادل ، خاصة إذا كان البائع

قد سلم المبيع قبل هلاكه الى المشتري • لذلك يكون من المفهوم أيضا تعطيل فكرة الأثر الرجعى فى هذه الحالة • ويترتب على هذا التعطيل ألا يعتبر البيع قد زال الا منذ تحقق الشرط • وبعبارة أخرى يعتبر العقد قائما منذ نشأة الالتزام الشرطى وحتى تحقق الشرط • ولما كان الفرض أن المبيع قد هلك فى هذه الفترة أى أثناء قيام العقد فان قواعد تبعة العقد هى التى يجب أن تطبق • وبموجبها سوف ترتب تبعة الهلاك بالتسليم •

٤ — لما كان مبنى فكرة التقادم المسقط أن الدائن يكون بإمكانه أن يطالب بالدين ويقعد عن هذه المطالبة طيلة المدة التى حددها القانون ، بما يجعل من المفهوم سقوط حقه • وكان من شأن اعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط الواقف أن يعتبر حق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفاق ، فنحاسبه بهذا الشكل على مضي فترة التعليق كلها ، حين أنه كان لا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه خلال هذه الفترة • كان من المنطقى أيضا أن يتعطل اعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط فى هذه الحالة ، فلا تحتسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط • بمعنى أن هذا الأخير لا يبدأ فى السريان الا منذ تحقق الشرط (١) •

٥ — ويضاف الى كل ما تقدم ما سبق أن ذكرناه بخصوص بقاء أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ فى فترة التعليق (٢) •

(١) انظر نقض مصرى ١٠/٣/١٩٦٦ المجموعة السنة ١٧ ١ ع/٢ ، رقم ٧٧ ص ٥٦٤ ؛ وفيه رأت المحكمة ، فى ضمان الاستحقاق ، التزاما شرطيا ، يتوقف على نجاح المتعرض فى دعواه ، ويبدأ تقادمه من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، لا من وقت رفع دعوى الاستحقاق .

(٢) راجع فى التقليل من أهمية او قيمة مثل هذه القاعدة مع وجود هذه الاستثناءات الكثيرة عليها ؛ د . اسماعيل غانم بنسب ١٥٢ ؛ وانظر أيضا فى نقد الأخذ بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى ، وبخاصة لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٠ •

المبحث الثانى

الأجل (١)

Le terme

تعريف الأجل وخصائصه :

٢٣٠ — ورد تعريف الأجل فى المادة ٢٧١ مدنى : حين قضت

بأنه « يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » • ومن هذا النص يمكن تعريف الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه • فإذا كان يترتب على حلوله نفاذ الالتزام سمي أجلا واقفا • وان كان يترتب عليه انقضاء الالتزام سمي أجلا فاسخا •

١ — الأجل أمر مستقبل :

٢٣١ — وفى هذه الخاصية يشترك الأجل مع الشرط • والأمر

المستقبل قد يكون تاريخا محددا • كأن أوجرك منزلى ابتداء من أول يناير ١٩٨٦ • أو واقعة مستقبلية قد لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط لكنها لم تحدث بعد • كأن أتعهد لك فى بداية العام الدراسى بايجار سيارة لك فى أجازة نصف العام التى لم تكن قد تحدد تاريخها بعد • فإذا كان الالتزام قد أضيف الى أمر يعتقد أنه لم يتحقق بعد • وكان فى الواقع قد تحقق • فإن الالتزام يكون فى الواقع منجزا • كما لو تعهد شخص الآخر باهدائه كتابا عند ظهور نتيجة الامتحان وتكون النتيجة قد ظهرت من قبل دون أن يعلم •

٢ — الأجل أمر محقق الوقوع :

٢٣٢ — وهذه الخاصية هى التى تميز الأجل عن الشرط • لأن

هذا الأخير — كما سبق أن ذكرنا — أمر مستقبل غير محقق الوقوع •

(١) انظر فى هذا الموضوع : عبد الناصر توفيق المطار • الأجل فى الالتزام • رسالة القاهرة ١٩٦٤ •

وهو لذلك يجعل الالتزام المعلق عليه محتملا في وجوده أو انقضائه . أما الأجل فهو أمر محقق الوقوع في المستقبل ، حتى ولو لم يعرف تاريخ وقوعه بالتحديد كالوفاة ^(١) . ولذلك فان مصير الالتزام المضاف الى أجل : معروف مقدما ؛ اذ يكون بالامكان مقدما معرفة الوقت الذي سيبدأ فيه سريانه أو الوقت الذي سينقضى فيه . وهذه الخاصية تنعكس على أثر الأجل لتمييز بينه أيضا وبين الشرط . فالأجل كوصف للالتزام لا أثر له في وجوده . لأنه يرد على التزام موجود بشكل مؤكد ، ليرجى نفاذه أو يحدد مدة هذا النفاذ ؛ حين يرد الشرط كوصف للالتزام على وجود هذا الالتزام ذاته فيجعله محتملا .

وقد يبدو — من ظاهر عبارات العقد — في بعض الأحيان ، أن الأمر يتعلق بأجل ، حين أنه يتعلق في الحقيقة بشرط : ما دام أن الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع . ومثاله . ما طرح على محكمة النقض المصرية ، حيث كان عقد ايجار يتضمن بندا مفاده أن مدة هذا العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمدة أخرى ، ويصرح للمستأجر — والى أن يصدر هذا الترخيص — باجراء التحسينات التي قد يرى ادخالها في المكان المؤجر ؛ لكن لا يجوز له أن يبدأ في افتتاح المكان وتشغيله قبل الحصول على الترخيص . وقد قضت — بحق — في هذه الدعوى ؛ بأن عقد الايجار هنا يكون معلقا نفاذه « على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الادارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة . باعتباره ليس مرتبها بارادة أحد طرفي الالتزام ، وانما يتصل أيضا بعامل خارجي هو ارادة الجهة الادارية المختصة باصدار الترخيص » ^(٢) .

(١) وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدنى مصرى بأنه : «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » .

(٢) نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٢٤ ؛ وراجع — بوجه عام — فى التفرقة بين الأجل والشرط مقال لوسوارن . بالجلة الفصلية ١٩٧٠ سابق الإشارة اليه .

انواع الأجل :

١ — انواع الأجل من حيث أثره :

٣٣٢ — ينقسم الأجل من حيث أثره الى نوعين :

اجل واقف : يترتب عليه ارجاء تنفيذ الالتزام الى وقت حلول الأجل ، كالقترض المقترض برد القرض في الميعاد المتفق عليه .

٣٣٤ — والالتزام المضاف لأجل واقف له وجوده الكامل : ولكنه التزام غير نافذ ^(١) : أو بعبارة أخرى غير مستحق الأداء . ويتفرع على وجوده أنه يقبل الخلافة العامة أو الخاصة من جانب الدائن به . وأن من حق هذا الأخير أن يتخذ من الاجراءات التحفظية ما يقتضيه الحفاظ على هذا الحق . كما يتفرع على عدم نفاذه ، أنه لا يقبل التنفيذ الجبرى ، ومن ثم فان الدائن به لا يمكنه أن يطالب المدين بتأديته قبل حلول الأجل ^(٢) (ما لم يكن الأجل مضروباً لمصلحة الدائن وحده ، كما سنرى فيما بعد) . كذلك اذا أوفى به المدين عن غلط ، أى عن جهل بقيام الأجل جاز له بموجب المادة ١٨٣/١ مدنى أن يسترد ما أوفاه ، وان كانت الفقرة الثانية من نفس النص قد أضافت أنه « يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » ^(٣) . وإما كانت المقاصة هى نوع من

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (١/ع) رقم ٥٦ ، ص ٣٧٦ .

(٢) ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين ، ان الدعوى التى يرغعها الدائن قبل حلول الأجل لا تكون مقبولة ، حتى ولو فرض أنه — أى الأجل — سيحل قبل صدور الحكم فيها ؛ لان شروط قبول الدعوى يجب ان تقدر بالنظر الى يوم رفعها . انظر كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وفى فرنسا : تقضى المادة ١١٨٦ مدنى بعدم جواز المطالبة بالدين المضاف لأجل « قبل ان يحل موعد استحقاقه » . ولكنها تضيف « ومع ذلك ، فان ما يدفع معجلاً (أى قبل حلول الأجل) لا يمكن المطالبة باسترداده » .

(م ١٢ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

التنفيذ الجبرى : كان من البديهي أن الدائن بالتزام مضاف الى أجل واقف ، لا يستطيع أن يقاضى بينه وبين دين عليه لمدينه مستحق الأداء . خاصة وأن المقاصة تفترض وجود دينين مستحقى الأداء . اللهم الا اذا كان مصدر الأجل الواقف هو حكم القاضى (فيما يسمى فى الاصطلاح بنظرة الميسرة : كما سنرى فيما بعد) ، فان هذا النوع من الأجل لا يحول دون المقاصة اذا فرض وأصبح المدين (الذى منح هذا الأجل) دائنا لدائنه (١) : لأن القاضى ما منح — بالفرض — هذا الأجل للمدين الا لأنه لم يكن قادرا على الوفاء . فاذا ما أصبح قادرا — لما نشأ له من حق فى مواجهة الدائن ، فقد الأجل مبرره ، وتعين عليه الوفاء بالدين الذى كان مستحقا عليه من قبل . والمقاصة هى طريق لهذا الوفاء (٢) .

كذلك يتفرع على عدم نفاذ هذا الالتزام أن المدة التى يتوقف عليها نفاذه لا تدخل فى حساب مدة سقوطه بالتقادم . وأن الدائن —

= ويرى الفقه الفرنسى فى عمومية هذه الاضافة معنى ان الوفاء قبل حلول الأجل يكون نهائيا ، ومن ثم لا يجعل محلا لدعوى استرداد ، حتى ولو كان هذا الوفاء قد تم عن غلط ، أى عن جهل من المدين بقيام الأجل : انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٧٢٧ ؛ ستارك بند ١٨٤٧ ؛ كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ ؛ مارتى ورينو بند ٧٢٩ (وهما يؤكدان ان الموفى لا يستطيع ان يسترد ولا ما يقابل الوفاء المعجل من الفوائد) ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٢ (وان كانوا يقولون ان العدل والمنطق كان يستوجب القول بإمكان الاسترداد) .

ويشير جوجلار الى أن الاضافة سابقة الاشارة ، استعارها واضعوا المجموعة المدنية من القانون الرومانى (دروس مازو بند ١٠٢٠) ، ورغم انه يرى فى قسوة هذا الحل قسوة منطقية ، الا أنه يشكك — مع ذلك — فى عدالة هذا الحل .

ويرى كولان وكابيتان ودى لاموراندير . ان المدين ، فى هذه الحالة ، لا يعتبر متبرعا للدائن بما يعادل الفائدة التى عادت على هذا الأخير من الوفاء المعجل ؛ لأن نية التبرع — وقد أوفى بالفرض عن غلط — لا تكون متوافرة لديه ، بند ٤٠٢ .

(١) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢/٣٦٢ مدنى مصرى ، والمادة ١٢٩٢ مدنى فرنسى .

(٢) وفى هذا المعنى يقول جوسران (بند ٧٢٦) : « ان « المدين كان يزعم (أى عندما طلب الأجل من القاضى) أنه ليس لديه ما يفى به ، لكن ما هي الظروف أصبحت تمكنه من أن يفى بطريق المقاصة » .

وحقه غير مستحق الأداء بعد — لا يستطيع أن يرفع الدعوى البرأحية
ولا أن يتمسك بحقه في الحبس .

٢٣٥ - أجل فاسخ . أو بتعبير أدق : منهي : يرد على العقود
المستمرة أو دورية التنفيذ ^(١) : ويترتب عليه انقضاء الالتزام منذ حلول
الأجل دون مساس بما سبق أن رتبته هذا الالتزام من آثار . وهو لذلك —
كما يرى البعض — ليس وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ما دام أنه
لا يعدل من آثاره ^(٢) . إذ الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام الزمني
أن ينقضي بانتهاء مدته ^(٣) .

٢٣٦ - والالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام نافذ ولكنه
موقوت . ويترتب على نفاذه أن الدائن به يمكنه اقتضاؤه جبرا
أو اختيارا . كما يمكنه أن يتصرف فيه . ويترتب على توقيته أن مصيره
الحتمي إلى الزوال بحلول أجله . ومن تاريخ هذا الزوال تزول أيضا
كل التصرفات التي يكون الدائن به قد باشرها عليه أثناء وجوده .

* * *

(١) في هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٢٧ الذي يؤكد أن
هذا النوع من الأجل لا يتصور وجوده إلا في الالتزامات المستمرة أو دورية
التنفيذ . وانظر أيضا : ستارك بند ١٨٤ .

(٢) في هذا المعنى د. السنهوري ج ٣ البنود ٥٢ . ٥٥ : ٥٦ ؛
د. انور سلطان بند ٢٢٨ ؛ د. اسماعيل غانم الإشارة السابقة .

ويرى بعض الشراح فيه سببا أو طريقا من طرق انقضاء الالتزام :
انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠١٦ ؛ د. شمس الدين
الوكيل ص ٢٢٠ ؛ د. أبو ستيت بند ٦٧٠ ؛ فيما يكتفى البعض الآخر
بأن يرى فيه أقرب إلى طرق انقضاء الالتزام منه إلى أوصاف الالتزام ،
في هذا المعنى مارتى ورينو بند ٧٢٧ ؛ د. البدرأوى بند ١٩١ .

(٣) وراجع ، في معنى إمكان أن تقترن العقود غير الزمنية بأجل
فاسخ ، يعتبر فيها وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ، وفي أمثلة لهذه العقود .
د. السنهوري ج ٣ بند ٥٦ ؛ ومن بين هذه الأمثلة : أن تتعهد شركة
بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات لمدة سنة ، على أن تتقاضى
أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ؛ حيث يكون الالتزام هنا مقترنا
بأجل فاسخ ، ما دام أن الزمن عنصرا جوهريا في هذا العقد .

٢٣٧ - هذا واذا كان من غير المتصور أن يجتمع في عقد واحد كل من وصفى الأجل الواقف والشرط الواقف ؛ حيث لا يمكن أن تكون الواقعة المستقبلية - في آن واحد - مؤكدة الوقوع (فتكون أجلا) وغير مؤكدة الوقوع (فتكون شرطا) ؛ الا أنه من الممكن تصور . امکان اجتماع الشرط الواقف مع الأجل الفاسخ ، وذلك اذا كان الالتزام معلقا في نشأته على واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع . تشكل هي نفسها مبدأ سريان أجل فاسخ بافتراض تحققها ؛ أو بتعبير آخر حين يكون العقد مضافا أيضا في نفاذه الى أجل فاسخ يبدأ حسابه من يوم تحقق هذه الواقعة . ومثال ذلك : الفرض الذي سبق أن أشرنا اليه ، والذي طرح على محكمة النقض المصرية حيث كان ايجار محل يتضمن بندا بأن مدته سنة واحدة تبدأ من تاريخ حصول المستأجر على ترخيص من جهة الادارة بمباشرة المهنة أو الصناعة . فصدور الترخيص - كما سبق أن أيدنا - هو شرط يوقف التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فإذا ما تحقق هذا الشرط غبداً نفاذ الالتزام ، بدأ في نفس الوقت احتساب مدة السنة التي بنهايتها يحل الأجل المنهى للالتزام المؤجر (٤) .

(ب) انواع الأجل ، من حيث مصدره :

٢٣٨ - كما ينقسم الأجل من حيث مصدره الى : أجل اتفاقي وأجل قانوني وأجل قضائي . والأول مصدره اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا . ويمكن أن يستخلص الأجل ضمنا من ظروف التعاقد . كالتزام ادارة المعارض بتأجير جزء من الأرض المخصصة لهذا الغرض

(٤) كذلك قد يقع الخلط احيانا بين الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ ، خصوصا وان الالتزام في كل من الحالتين يكون موجودا وناظرا من وقت نشأة العقد . وقد رأت إحدى محاكم الاستئناف في مصر ، شرطا فاسخا ، في العقد الذي اقترن به التزام المدين بالدين . والذي كان مقتضاه أن هذا الالتزام يعتبر لاغيا ولا وجود له في حالة وفاة الدائن . فيما رأت فيه محكمة النقض - بحق - أجلا فاسخا يقتصر أثره على مجرد وضع حد زمني ينتهى به التزام المدين . انظر نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

لأحدى الشركات فيكون هذا الالتزام مضافا - ضمنا - الى أجل واقف هو التاريخ الذى ابتداء منه يمكن للشركة أن ترتب معروضاتها استعدادا ليوم الافتتاح ، والى أجل فاسخ هو نهاية مدة المعرض (٢:١) .
والثانى هو الذى يجد مصدره فى نص القانون كحق المنتفع - على سبيل المثال - فهو مضاف ثانويا الى أجل فاسخ هو وفاة المنتفع .
والثالث يكون مصدره القضاء ويسمى الأجل فى هذه الحالة بنظرة الميسرة *delai de grâce* . حيث أجاز المشرع للقاضى - فى حالات استثنائية - اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه . اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (٢) . (م ٢/٣٤٦ مدنى) .

(١) ويسوق كاربونييه (بند ٦١ ص ٢٠٠) مئالا للأجل الضمنى :
ايجار عمارة تحت التشييد ، حيث يكون هذا الايجار مضافا لأجل واقف هو اليوم الذى تصبح فيه الشقة صالحة للسكنى .
(٢) واذا كان الأجل الضمنى - واقفا كان أو فاسخا - مما يمكن تصويره بسهولة ، فان الشرط الضمنى ، قلما يكون ، على العكس ، متصورا . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، حول هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٨١/٣/١٩ (د . ١٩٨١ - أ.ر - ٤٤٣) وتعليق لاروميه ١ .
(٣) ويقترب من حكم هذه المادة ، فى القانون الفرنسى ، نص الفترة الثانية التى أضافها المشرع بقانون ٢٠ اغسطس ١٩٣٦ الى المادة ١٢٤٤ من المجموعة المدنية ، وان كانت تستلزم الا تزيد هذه الميزة التضائية عن مدة سنة .

وكانت هذه المادة قبل تعديلها بقانونى ٢٥ مارس ٢٠٠٠ اغسطس ١٩٣٦ ، تستلزم ان يكون تدخل القاضى ، بمنح هذا الأجل ، فى أضيق الحدود ، أو وفقا لعبارة هذا النص ، مع التحفظ الشديد «avec une grande réserve» . لما فى هذا التدخل من مساس بمبدأ حرية الاتفاقات . ثم حذف بعد ذلك هذا التحفظ . انظر فى التعليق على هذا الحذف ، وعلى التعديل الذى أدخله المشرع على هذه المادة بوجه عام :

RIPERT : Le droit de ne pas payer ses dettes.

D. H. 1936 - chr - p. 57 et s.

وانظر فى تفاصيل شروط منح نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى :
كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنس ٤٠٨ .

الوفاء عند المقدرة أو الميسرة :

٢٣٩ — تد يتفق المتعاقدان على أن يكون الوفاء بالالتزام في الوقت الذي يتمكن فيه المدين من ذلك ، وعندئذ قد لا يعرف ما اذا كان مثل هذا الاتفاق يعتبر تعليقاً على شرط ، هو مقدرة المدين أو ميسرته أم أنه إضافة لأجل هو المقدرة أو الميسرة . وتتضح على الفور أهمية الاختيار بين هذا التكييف أو ذاك ، لأنه اذا كان المقصود بهذا الاتفاق تعليق التزام المدين على شرط ميسرته فان هذا الشرط يجعل الالتزام قبل تحققه مجرد احتمالي ، وقد لا تتحقق واقعة اليسار على الاطلاق فيموت المدين معسراً فلا يكون من حق الدائن — وقد تخلف الشرط — أن يشترك مع الدائنين الآخرين في اقتسام نركة المدين قسمة الغرماء . أما اذا قصد بهذا الاتفاق أن تكون الميسرة مجرد أجل يضاف اليه التزام المدين : كان حق الدائن موجوداً ومؤكداً ولكنه غير نافذ حتى الوقت الذي تتحقق فيه هذه الميسرة ، وهو ينفذ على كل حال عند وفاة المدين . فيكون للدائن أن يستوفي حقه من تركته بالاشتراك مع سائر الدائنين .

٢٤٠ — وبدهى أن الفيصل في الاختيار بين هذا الحل أو ذاك هو ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين . ورغم ندرة هذه الصورة في العمل الا أن المشرع قد تبصرها ، ووضع لحلها قرينة يعتبر بمقتضاها مثل هذا الاتفاق إضافة الى أجل^(١) وليس تعليقاً على شرط . وهي قرينة تقبل اثبات العكس . وخول القاضي — عند عدم الاتفاق بين الدائن والمدين على تحديد أجل الوفاء بالالتزام الذي أجلاه الى ميسرة . أن يحدد الميعاد المناسب لهذا الوفاء « مراعيًا في ذلك موارد المدين

(١) وقد قضت — بوجه عام — محكمة النقض المصرية ، بأنه ، اذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام الى وقت القيام بعمل متعلق بارادة المدين ، فان ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين ، وللدائن الحق في أن يدعو المدين الى القيام بالعمل الموكل لارادته ، او ان يطلب من القاضي أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل . انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٥٦ ص ٢٧٦ .

الدائية والمستقبلة ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (م ٢٧٢ مدنى) (١) .

انتهاء الأجل :

٢٤١ - ينتهى الأجل عادة بحلوله وقد ينتهى قبل ذلك بسقوطه أو بالتنازل عنه .

اولا : انتهاء الأجل بحلوله :

٢٤٢ - ينتهى الأجل اذا حل التاريخ المحدد الذى أضيف اليه الالتزام أو تحققت الواقعة المستقبلة التى جعلها الطرفان أجلا له .

ثانيا : انتهاء الأجل بسقوطه :

٢٤٣ - كما ينقضى الأجل الواقف - قبل مياعده - بحرمان المدين منه ، أو بتعبير آخر بسقوط هذا الأجل . وقد أوردت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط الأجل (٢) ، ويمكن تلخيصها فيما يأتى :

(١) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ، المادة ١٦٠١ مدنى . التى وردت فى خصوص القرض . وأنظر من تطبيقات القضاء لهذا النص : نقض ١٩٧٣/١١/٦ (د . ١٩٧٤ - ٩١ والتعليق) . وقد انتهت المحكمة فى هذا الحكم الى انه اذا ما كان المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بجزء من التزاماته ، فان الاجل يكون قد حل بنسبة هذا الجزء . وأنظر أيضا : استئناف باريس ١٩١٢/١١/١٩ (د . ١٩١٣ - ٢ - ١٢٦) . كذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية انه اذا ما كان المدين قد تعهد بان يسدد كامل مديونيته للدائن عندما يبيع بعض عقاراته ، فان لمحكمة الموضوع ان ترى - بموجب ما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن - ان النية المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت فى هذه الحالة الى تحديد أجل لهذا السداد ، وبالتالي فانه لا تثريب عليها ان هى قضت - بعد ما ثبت لديها ان الآمال التى كان المدين يعلقها على هذا البيع كانت وهمية ، وانه لم يكن على الدائن ان يصبر على تحقق هذا الحدث الا لمدة معقولة - بالاستجابة لطلب الدائن الذى انتظر طيلة عشر سنوات . نقض ١٩٧٦/١/٢٨ (د . ١٩٧٦ - س - ٣٤ والتعليق) .

(٢) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ، المادة ١١٨٨ مدنى ، وهى تتضمن سببين فقط لسقوط الأجل هما : افلاس المدين ، واضعافه (أى بفعله) للتأمينات التى قدمها للدائن بموجب العقد . ويبرر بعض =

١ - يسقط الأجل بشهر افلاس المدين اذا كان تاجرا : أو بشهر اعساره اذا لم يكن كذلك . وقد سبق أن ذكرنا في دراستنا لشهر الاعسار أنه يلزم أن يصدر حكم به من القضاء . وأن المقصود بالاعسار هنا هو الاعسار القانوني . فلا يكفي أن يكون المدين في حالة اعسار فعلي . كما سبق أن عرفنا مبررات الحكم بشهر الاعسار وما يترتب عليه من اسقاط آجال الديون المؤجلة بغية كفالة قدر من المساواة بين الدائنين (٢) .

٢ - كما يسقط الأجل باضعاف التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين للدائن . كالرهن مثلاً . ولو كان هذا الرهن قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق على عقد القرض . بحيث يصبح هذا التأمين أقل من قيمة الدين الذي يضمن الوفاء (٣) . لكن التمثيل بالرهن لا يعنى - كما هو الحال في القانون الفرنسي (٤) - أن التأمين الذي يؤدي اضعافه الى سقوط الأجل يجب أن يكون ناشئاً عن عقد (٥) . بل يمتد

= الشراح سقوط الأجل في هاتين الحالتين ، بأن المدين فينبى يصبح غير جدير بالثقة التي على أساس منها كان الدائن قد منحه هذا الأجل . في هذا المعنى : بوتييه أشار اليه جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ ، وانظر ايضا : ستارك بند ١٨٥٢ .

(٢) ورغم أن المادة ١١٨٨ مدني فرنسي لا تتكلم . كما اشرنا : الا عن الافلاس ، الا أن القضاء الفرنسي مستقر على أن اعسار المدين يمكن أن يؤدي الى سقوط الأجل ايضا ، شريطة أن يطلب الدائن هذا السقوط من قاضي الموضوع . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٧٥/١٢/١٦ (د . ١٩٧٦ - ١٠ - ٨٠) ، استئناف باريس ١٩٤٠/٢/٢٣ (ج . ب . ١٩٤٠ - ١ - ٣٥١) ، ومن الاحكام القديمة : نقض ١٨٩٢/٢/٣ (د . ١٨٩٢ - ١ - ٢٨١) وتعليق بلانيسول ، س ١٨٩٢ - ١ - ٤٨١ وتعليق لابييه ، وانظر في معنى عدم تفضيل هذا الحل الذي يجري عليه القضاء : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤٠٣ .

(٣) ويرى بعض الشراح الفرنسيين ، من قبيل اضعاف التأمين : أن يؤجر المدين عقاره (المرهون ضماناً لحق الدائن) لمدة طويلة ، بحسبان هذا الايجار يقلل من قيمة العقار . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ .

(٤) م ١١٨٨ مدني فرنسي .

(٥) راجع في تفاصيل شروط سقوط الأجل بموجب هذا السبب في القانون الفرنسي : مارتى ورينو بند ٧٣٣ ، جوسران بند ٧٣٤ ، كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤٠٣ .

=

أنى كل تأمين خاص ولو كان ناشئاً عن غير عقد . كحق الامتياز مثلاً .
وهو ينشأ بنص القانون (١) .

٣٤٤ — هذا وقد فرق المشرع في أثر اضعاف التأمينات على سقوط
الأجل . بين ما اذا كان هذا الاضعاف قد تم بفعل المدين عمداً
أو اهمالاً . وبين ما اذا كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (٢) . وجعل
للدائن — في الحالة الأولى — خياراً بين التمسك بسقوط الأجل والمطالبة
بحقه الذى أصبح مستحق الأداء . وبين أن يستبقى الأجل على أن
يقوم المدين بتكملة التأمين الى الحالة التى كان عليها قبل اضعافه ، حين
يتعين على هذا الأخير أن يقوم بهذه التكملة . وأما في الحالة الثانية ،
فإن الخيار يكون للمدين بين أن يستند الى سقوط الأجل ويفى حق
الدائن أو يختار الإبقاء على الأجل على أن يقدم للدائن ضماناً كافياً
للوفاء بحقه . ولا يلزم أن يعيد هذا الضمان الى الحالة التى كان
عليها قبل أن أضعف ما دام يجعل هذا الضمان كافياً للوفاء بحق

= ويبدو أن الفقه الفرنسى يمد — مع ذلك — حكم المادة ١١٨٨ الى
التأمينات التى يقررها القانون بالاستناد الى ارادة المتعاقدين الضمنية .
كامتياز البائع مثلاً :

انظر في هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٧٢٢ ، أما القضاء الفرنسى
فإنه منقسم في شأن هذا التوسع . انظر من بين الاحكام التى تؤيده : نقض
(عرائض) ١٨٦١/١/٢١ (د . ١٨٦١ — ١ — ١٧٠) ، استئناف شامبرى
١٩٠٢/٥/١٣ (د . ١٩٠٣ — ٢ — ٢٣٦) ، ومن بين الاحكام التى لا تؤيده
انظر : نقض ١٨٧٠/٥/١٤ (د . ١٨٧٠ — ١ — ١١) ، استئناف روان
١٩٠٣/٦/٢٤ (ج . ب ١٩٠٣ — ٢ — ٢٨٠) .

(١) ويرى د . السنهورى (ج ٢ بند ٧٣) أنه من غير المتصور
أن يمتد سقوط الأجل الى اضعاف التأمينات المتمثلة في حقوق الاختصاص ،
لأن هذه الحقوق لا تؤخذ الا بموجب حكم واجب التنفيذ . وهو ما يفترض
حتماً أن الدين مستحق الأداء . وقارن د . اسماعيل غانم الذى يرى
— على العكس — أنه من المتصور أن يكون الدين مستحق الأداء ويحصل
الدائن على حق اختصاص ثم يتفق مع المدين على تأجيل الدين بعد أن
اطمان الى ضمانه (بند ١٣٥ ، وهامش ٢ من ص ٢٨١) .

(٢) أما اذا كان اضعاف التأمين بفعل الدائن نفسه ، فإن حق المدين
في الأجل — بداهة — لا يسقط . انظر في هذا المعنى : نقض مصرى
١٩٦٩/٢/١١ المجموعة السنة ٢٠ (ع / ١) رقم ٤٨ ص ٣٠٣ ؛ ونقض
فرنسى (عرائض) ١٨٧٨/٧/٢٤ (د . ١٨٧٨ — ١ — ٣٣٦) .

الدائن (١) . وهكذا تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى بأن حق المدين فى الأجل يسقط « اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

٣ — ويسقط الأجل — أخيرا — بنكول المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه للدائن من تأمينات ، ما دام أن هذا الأخير ما قبل أن يمنح الأجل الا مقابل هذا الوعد (٢) .
ثالثا — انتهاء الأجل بالتنازل عنه :

٢٤٤ — كذلك ينتهى الأجل بالتنازل عنه من جانب من ضرب لصالحه . فاذا كان هذا الأجل قد ضرب لصالح المدين (٣) وحده (كما فى حالة القرض بدون فائدة) كان له أن يتنازل عنه ويفى بالدين فوراً . وان كان قد ضرب لصالح الدائن وحده (كما فى حالة الوديعة

(١) ولم تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية هذه التفرقة ، انما يواجه المشرع الفرنسى فقط سقوط الأجل باضعاف التأمينات الخاصة متى كان ذلك بفعل المدين . وتبعا لذلك يرى الفقه الفرنسى انه اذا ما كان ضعف التأمين يرجع الى قوة قاهرة ، فان الأجل لا يسقط . انظر ستارك بند ١٨٥٥ ؛ مارتى ورينو بند ٧٣٣ .

(٢) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تتضمن هذا السبب من اسباب السقوط ، الا أن القضاء ثابت على التسوية بين هذا النكول واضعاف التأمينات بفعل المدين . انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٠/٥/٢ (س ١٩٠١ — ١ — ١٤) ؛ واستئناف مونييليه ١٩٣١/٤/٢٢ (ج . ب ١٩٣١ — ١ — ٨٧٩) .

(٣) والمادة ١١٨٧ مدنى فرنسى تفترض ان الأجل يكون مشروطا لمصلحة المدين ، الى أن يثبت العكس ، فهى تقضى بأنه « يفترض دائما أن الأجل مشروط لمصلحة المدين ، ما لم يستخلص من شرط فى العقد ، او من الظروف ، انه مشروط أيضا لمصلحة الدائن » . وانظر فى شرح هذه المسادة : ستارك بند ١٨٥٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٥ .

بدون أجر) كان له كذلك أن يتنازل عنه ^(١) . أما إذا كان مقررا لصالح الطرفين معا (كما في حالة القرض بفائدة) فلا يستطيع أى منهما أن يستقل بالتنازل عنه بإرادته المنفردة ؛ لأن لكل من الطرفين مصلحة في التمسك بالأجل . ولذلك ففي هذا المثال لا يستطيع المدين أن يستأثر وحده بالتنازل عن الأجل ليقوم بدفع الدين فورا ، لأن للدائن مصلحة في بقاء الأجل لتقاضي الفوائد . كما لا يستطيع الدائن بمفرده أن يجبر المدين على السداد فورا قبل حلول الأجل لأن لهذا الأخير مصلحة في أرجاء تنفيذ التزامه . فإذا قام الشك حول من تقرر الأجل لمصلحته . افترض أنه تقرر لمصلحة المدين .

اثر حلول الأجل :

٢٤٥ — إذا كان الأجل واقفا ثم حل أصبح الالتزام نافذا .
أو بتعبير آخر مستحق الأداء منذ حلول هذا الأجل . ويترتب على هذا النفاذ أن يعامل هذا الحق معاملة الحقوق المستحقة الأداء .
أما إذا كان الأجل فاسخا ، ترتب على حلوله انقضاء الالتزام .

٢٤٦ — هذا ويجدر التنويه الى أنه — على العكس من الشرط — لا يكون لحلول الأجل واقفا كان أم فاسخا ، أثرا رجعيا . ولذلك فقد تجنب الشراح الفرنسيون — وهم منطقيون في ذلك — أن يصفوا الأجل الذى ينتهى به التزام المدين بالأجل الفاسخ ، لأن لفظة الفسخ قد تشعر بمعنى أن لهذا النوع من الأجل أثرا رجعيا في تحققه . وفضلوا أن يطلقوا عليه تعبير : الأجل المنهى ^(٢) .

Le terme extinctif

(١) أما المدين . في هذا الفرض ، فإنه لا يمكنه أن يفى بالدين قبل حلول الأجل . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى في هذا المعنى : نقض (عرائض) ١٨٩٦/٤/٢١ (د . ١٨٩٦ — ١ — ٤٨٤) وتقرير فوازان (.
(٢) انظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٢٧ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٥ ؛ ستارك بند ١٨٤٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠١٦ .

الفصل الثاني

الأوصاف التي ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل)

(الالتزام التخييري والالتزام البولي) (١)

الالتزام التخييري (٢) : L'obligation alternative

٢٤٦ - الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة . تبرأ ذمة المدين إذا أوفى بواحد منها (م ٢٧٥ مدني) .

ويفترض التعدد ، أن تتوافر الشروط القانونية في عدة أشياء أو في شيئين منها على الأقل ، حتى يكون هناك خيار في تعيين الشيء الذي يتم الوفاء به . فإذا لم تتوافر الشروط ، بالفرض ، إلا في شيء واحد ، كان الالتزام في هذه الحالة بسيطاً لا موصوفاً .

٢٤٧ - والأصل في هذا النوع من الالتزام أن يكون الخيار للمدين (٣) (م ٢٧٥) (٤) ، لكن إذا كان لهذا الأخير أن يختار من بين

(١) لم تنظم المجموعة المدنية الفرنسية إلا الالتزام التخييري فقط . في المواد من ١١٨٩ - ١١٩٦ ؛ لكن العمل في فرنسا يعرف طائفة الالتزامات البديلية أيضاً ، كما تطرح المنازعات بشأن مثل هذا النوع من الالتزامات على القضاء الفرنسي . أشار لذلك ستارك بنود ١٨٥٨ .

(٢) انظر في هذا الشأن :

GBLER (M.J.) : Les obligations alternatives. R.T 1969 P. 1 à 28 ; CHEVALLIER (J) : L'obligation alternative R. T 1067 P. 384 - 385 No. 3.

وراجع في التفرقة بين الالتزام التخييري وكل من : الشرط الجزائي . والالتزام المعلق على شرط واقف ، والالتزام بشيء غير معين بالذات . د. السنهوري ج ٣ البنود ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ على الترتيب .

(٣) انظر في هذا المعنى :

DEMOGUE (Rè) : A qui appartient le choix dans les dettes alternatives. R. T 1929 P. 1092 No. 16.

(٤) ويقابلها في فرنسا نص المادة ١١٩٠ مدني .

الأشياء المتعددة ما يفى به . الا أنه لا يملك — بداهة — اجبار الدائن على قبول جزء من أحد الشيئين وجزء من الشيء الآخر ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٩١ مدنى فرنسى .

٢٤٨ — وخلافا للأصل سابق الإشارة ، قد يكون الخيار فى بعض الأحيان للدائن بموجب نص القانون . كما هو الحال مثلا فى خصوص اضعاف التأمينات التى تضمن حق الدائن بفعل هذا المدين ، حين يكون للدائن — كما بينا فى موضع سابق — الخيار ، عندئذ بين اقتضاء حقه من المدين فورا بسقوط أجل الدين ، أو الإبقاء على الأجل مع مطالبة المدين باعادة التأمينات الى الحالة التى كانت عليها . وقد يصير الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدنى) : فيتعين — بداهة — اعمال هذا الاتفاق (١) .

٢٤٩ — فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فى هذا الشأن ، جاز للدائن — عندئذ — أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك . تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦ مدنى) (٢) . أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فى هذا الشأن : انتقل الخيار الى المدين (م ٢٧٦/٢) .

(١) وعلى العكس من نص المادة ١١٩٠ مدنى فرنسى ، الذى يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق صريحا . ورد نص المادة ٢٧٥ مدنى مصرى مطلقا فى هذا الشأن . وعموما ، أجازت محكمة النقض الفرنسية استخلاص مثل هذا الاتفاق ضمنا . انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٢٩/٧/١٧ (د . ١٩٢٩ — ١ — ١٤٣) وتقرير بريكو .

(٢) وهذا الحكم لا نظير له فى القانون الفرنسى . ولذلك يرى بعض الشراح أنه اذا رفض المدين الاختيار ، فان للقضاء أن يجبره على ذلك : وله — فى سبيل حمله على هذا الاختيار — أن يحكم عليه ، عند الاقتضاء ، بغرامة تهديدية . فإذا بقى المدين على رفضه : فلا يكون للقاضى الا أن يحكم ضده بفسخ العقد مع التعويض . انظر جوجلار (دروس مازو) بنسب ١٠٤٨ . وانظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٦٤/٦/٢٩ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٣٥) وتعليق بوكارا .

٢٥٠ — وبديهي أنه إذا ما وقع الاختيار على أحد الأشياء المتعددة فإن هذا الاختيار يكون نهائيا ، ولا يمكن من ثم العدول عنه بعد ذلك (١) .

٢٥١ — ولاستعمال الحق في الاختيار أثره الرجعي ، في معنى أن الالتزام يعتبر بعد هذا الاختيار كما لو كان قد نشأ منذ البداية بسيطا . أو بعبارة أخرى . يعتبر كما لو كان ينحصر ، منذ نشأته ، في هذا الشيء الذي وقع عليه الاختيار . ويتفرع على ذلك أنه إذا كان التزام المدين هو بنقل ملكية أحد الأشياء من بين عدة منقولات معينة بالذات مملوكة له ، ثم وقع الاختيار على واحد منها ، فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشيء . ليس من وقت الاختيار وإنما من وقت نشأة العقد . ومن ثم فلو فرض مثلاً أن كان المدين قد تصرف في أحد هذه الأشياء ، بالبيع مثلاً ، حين كان الخيار بالفرض ، للدائن ، وتصادف أن اختار هذا الأخير الشيء بالذات الذي تصرف فيه المدين ، فإن بإمكانه — وهو يعتبر بالفرض مالكا لهذا الشيء من قبل أن يتصرف المدين فيه — أن يطالب المشتري باسترداد هذا الشيء . وإن كان هذا الأخير يمكنه أن يدفع هذه المطالبة . لا بأنه قد تملك هذا الشيء بموجب عقد البيع ، فالفرض أن البيع هنا يعتبر في حكم البيع الصادر من غير مالك ، وإنما بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (٢) . متى كان هذا المشتري حسن النية وقت الشراء ، لا يعلم بالعلاقة السابقة بين الدائن والمدين وما تتضمنه هذه العلاقة من حق للدائن في الاختيار (٣) .

٢٥٣ — ويبقى بعد ذلك التساؤل عن حكم أو أثر هلاك

(١) في هذا المعنى : شيفالييه ، مقال المجلة الفصلية سابق الإشارة ص ٣٨٤ ؛ وانظر أيضا جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٨ .
(٢) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤١٠ .
(٣) وراجع في نتيجة أخرى يمكن أن تترتب على رجعية أثر الاختيار هذه : كولان وكابيتان ودي لاموراندير ، الإشارة السابقة .

أو استحالة أحد الأشياء . أو جميعها . قبل استعمال الحق في الاختيار . وفي هذا الشأن :

(أ) قد يكون الهلاك بسبب أجنبي :

— فإذا هلك كل الأشياء . انقضى التزام المدين . ما لم يكن هلاكها تاليا لاعتذار الدائن له بوجوب التنفيذ ^(١) . حيث كان المدين قد تراخى في الاختيار ومن ثم في تنفيذ التزامه مما حمل الدائن على اعتذاره .

— أما إذا بقي واحد من الأشياء دون هلاك . تحدد فيه المحل . ووجب على المدين أن يفي به ^(٢) .

(ب) وقد يكون الهلاك بخطأ المدين :

— فإذا كان الخيار له هو ، وهلك كل الأشياء الا واحدا منها . تحدد فيه المحل . أما إذا هلك كلها وكان مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد منها فقط ، تعين عليه أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٧٧ مدني .

— أما إذا كان الخيار للدائن : فإن له أن يطالب بالشيء الباقي . أو بقيمة الشيء الذي هلك ، أو بقيمة أحد الأشياء المبالكة ان كانت قد هلك كلها . وذلك حسب اختياره .

(ج) وقد يكون الهلاك بخطأ الدائن :

— فإذا هلك أحد الشبئين وبقي الآخر ، وكان الخيار بالفرض للمدين ، كان من حق هذا الأخير أن يعتبر أن الشيء الذي هلك هو

(١) م ١١٩٥ مدني فرنسي : وانظر أيضا كولان وكابيتان ودي لاموراندير الاشارة السابقة .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي ، في هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٥٩/٢/١٠ (د . ١٩٥٩ — ٢٥٦) ؛ وانظر أيضا جوسران بنس ٧٤٥ .

الشيء الواجب الأداء ، فقتبراً ذمته في مواجهة الدائن . وقد يختار تأدية الشيء الذي تبقى . حين يكون له في هذه الحالة أن يرجع على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه . أما إذا كان الخيار بالفرض للدائن ، فإن لهذا الأخير أن يختار ما هلك بخطئه ، فقتبراً عندئذ ذمة المدين ويغطي في نفس الوقت خطأه هو . أما إذا فضل اختيار الشيء الباقي فله ذلك ، على أن يعوض المدين عن الشيء الذي هلك بخطئه . — أما إذا هلك الأشياء جميعاً ، برئت ذمة المدين ، وكان له أن يطالب الدائن بقيمة جميع الأشياء الهالكة فيما عدا الشيء الذي كان سيختاره للوفاء بالالتزام . حين يكون الخيار للمدين . أما إذا كان الخيار للدائن . فإن ذمة المدين ستبرأ أيضاً ، ويكون على الدائن أن يعوض المدين عن جميع الأشياء الهالكة الأخرى غير الشيء الذي كان سيختاره هو ^(١) .

ثانياً — الالتزام البدلي (٢) : L'obligation Facultative

٢٥٣ — هو الالتزام الذي لا يشمل محله الا شيئاً واحداً ، ولكن تبرا ذمة المدين اذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر م ١/٢٧٨ مدنى . على أن يلاحظ أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار الاتفاق عليها مقدماً عند التعاقد .

٢٥٤ — ولما كان محل الالتزام يتحدد في شيء واحد ، فإن هذا الشيء وليس البديل هو الذي يحدد طبيعة الالتزام (عقارياً

(١) وتجدر الإشارة في هذا الشأن ، الى أن المشرع لم ينظم من هذه الحلول ، الا فرض ما لو كان الخيار للمدين وهلكت الأشياء جميعاً بخطئه . ومن ثم فإن باقى الحلول ، على النحو الذى بيناه ، إنما يمكن استخلاصها من القواعد العامة . أما المشرع الفرنسى فقد عالج أحكام الهلاك بنصوص أوفى من نصوص القانون المصرى ، انظر المواد ١١٩٢ . ١١٩٤ . ١١٩٥ مدنى .

(٢) راجع في التفرقة بين هذا الالتزام ، والالتزام التخيري . والنتائج التى تترتب على هذه التفرقة : مارتى ورينو بنسبة ٧٦٥ . وراجع في تفرقة أوفى بين هذا الالتزام وكل من : الالتزام التخيري . والشرط الجزائى ، والعربون . د . السنهورى ج ٣ البنود ١٠٦ : ١٠٧ : ١٠٨ على الترتيب .

أو منقولا) • كما أنه هو الشيء الذي يحق للدائن أن يطالب به وحده •
اللهم الا اذا اختار المدين أن يفى بالبديل • كما أن وحدة المحل تؤثر
كذلك على أحكام البطلان والهلاك • فإذا كان المحل الأصلي مستحيلا
أو غير مشروع ، كان الالتزام باطلا ولو كان البديل ممكنا ومشروعا •
وإذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى
الالتزام ^(١) . ولا يحق للدائن أن يطالب بالبديل • بل حتى ولو كان
هذا الهلاك بخطأ المدين . لا يكون للدائن سوى المطالبة بالتعويض عن
هذا الهلاك الا اذا اختار المدين أن يفى بالبديل توقيا لهذه المطالبة •

(١) انظر في هذا المعنى ايضا : ستارك بند ١٨٦٥ ؛ جوجلار
(دروس مازو) بند ١٠٤٩ ؛ مارتي وريغو بند ٧٦٥ .

(م ١٣ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

الفصل الثالث

الأوصاف التي تتعلق بأطراف الرابطة القانونية
(تعدد طرفي الالتزام ، التضامن ، وعدم انقابلية للانقسام)

المبحث الأول

التضامن (١)

La Solidarité

تمهيد :

٢٥٥ - الأصل أن تكون الرابطة القانونية بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن قد يتعدد أطراف هذه الرابطة . سواء في جانبها الايجابي أو في جانبها السلبي . ويظل الأصل - حتى في هذه الحالة - أن ينقسم الدين ، فلا يلزم كل مدين الا بقدر حصته . ولا يحق لكل دائن أن يستوفي الا قدر حقه .

ولكن قد يتضامن أطراف الرابطة القانونية في جانبها الايجابي فيكون من حق أى دائن أن يستوفي الدين كله نيابة عن بقية الدائنين . أو في جانبها السلبي فيكون من حق الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله فإذا أوفاه المدين برئت ذمته وضمم باقى المدينين .

فالتضامن - بهذا الشكل - هو وصف في الالتزام يجعل من حق أى من الدائنين المتعديدين أن يقتضى الدين كله نيابة عن باقيهم (في التضامن الايجابي) ، أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين المتعديدين بكل الدين (في التضامن السلبي) (٢) .

(١) انظر في هذا الموضوع :

HAILECOURT (M.) : Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit. Français. Thèse Bordeaux 1911.

(٢) وليس ما يمنع - بداهة - أن يجتمع في التزام واحد ، تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، حين بتعدد أطراف الرابطة القانونية في كل من جانبها الايجابي والسلبي . وفي هذا المعنى : د. السنهوري ج ٣ بند ١٢٣ .

٢٥٦ — ولأن التضامن على هذا النحو قد ورد على خلاف الأصل . فانه لا يفترض . (م ٢٧٩ مدنى) ^(١) بمعنى أنه لا يثبت الا بمقتضى الاتفاق . صريحا كان أو ضمنيا ^(٢) بشرط أن يكون هذا الأخير قاطع الدلالة فى معناه . أو بنص القانون (فى حالة التضامن السلبى) ^(٣) . ونخصص لكل من نوعى التضامن مطلبا مستقلا .

(١) ويتأبها فى فرنسا نص المادة ١٢٠٢ مدنى الذى يجرى على نفس النسق تقريبا . أما فى القانون الألمانى . فان النضامين يفترض . حتى فى المسائل المدنية . ما لم يوجد اتفاق مخالف . انظر رسالة هاليكور سابقة الإشارة . كما أشار الى ذلك ايضا : جوجلار / دروس مازو / بند ١٠٥٧ ؛ جوسران بند ٧٨١ .

(٢) وفى فرنسا . تشترط المادة ١٢٠٢ سابقة الإشارة ان يكون الاتفاق على التضامن *expressément* . ولعلنا لهذا النص . عابت محكمة النقض الفرنسية فى بعض احكامها . على قضاة الموضوع . استخلاصهم وجود هذا النضامين استنادا الى ارادة المتعاقدين الضمنية . انظر مثلا : نقض ١٩٢٤/١/٢١ س ١٩٢٤ — ١ — ١٦٩ وتعليق فياليتون / نقض ١٩٤٨/١١/٢٢ س ١٩٤٩ — ١ — ١١٩ . نقض ١٩٥٥/١٠/١٩ د ١١٥٦ — ١ — نقض / تجارى ١٩٥٧/٥/٢٢ د ١٩٥٧ — ملخص — ص ١٠١ . لكن الفقه الفرنسى يجمع على عدم لزوم ذكر التضامن بلفظه فى العقد . ويفسر المقصود بصراحة الاتفاق عليه . وجوب ان تكون ارادة المتعاقدين واضحة فى معناه . وأن الشك — من ثم — يجب ان يفسر فى معنى انتفائه . انظر : جوجلار / دروس مازو / بند ١٠٥٧ . ستارك بند ١٨٧٨ : مارتى ورينو بند ٧٨٢ ؛ جوسران بند ٧٨١ . وانظر ايضا : نقض / عرائض ١٩١٢/٦/١٧ د ١٩١٤ — ١ — ٢٨٠ .

(٣) على ان هذه القاعدة مقصورة على المسائل المدنية . أما المسائل التجارية . فان افتراض التضامن بين المدنيين فيها . هو القاعدة . التى تستند الى عرف راسخ فى هذا المجال منذ زمن طويل . انظر فى هذا المعنى : جوجلار / دروس مازو / بند ١٠٥٧ ؛ ستارك بند ١٨٨٠ ؛ مارتى ورينو بند ٧٨٢ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤١٩ ؛ جوسران بند ٧٨١ ؛ وانظر بوجه عام :

DERRIDA : De la solidarité commerciale. R.T. comm.

1953 P. 329.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسى انظر : نقض ١٩٢٩/٧/١٨ د ١٩٢٩ — ١٥٥٦ ؛ نقض / عرائض ١٩٢٠/١٠/٢٠ د ١٩٢٠ — ١ — ١٦١ وتعليق P.M. ؛ س ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ وتطبيق هاميل / ١٩٤٦/١/٧ ج.ب ١٩٤٦ — ١ — ٩٢ .

وفى هذا المعنى ايضا : فى مصر : د. اسماعيل غانم ؛ بند ١٥٧ . وكذلك كل من : د. محسن شفيق . د. مصطفى طه . د. اكثم الخولى ؛ مشار اليهم فيه ص ٣١٢ هامش ١ . وعكس ذلك د. السنهورى ج ٣ بند ١٦٨ .

المطلب الاول

التضامن الايجابى (التضامن بين الدائنين)

La Solidarité Active

المقصود به :

٢٥٧ — يقصد بالتضامن الايجابى حالة ما اذا تعدد الطرف الدائن فى الرابطة القانونية بحيث يكون من حق أى من الدائنين أن يستوفى الدين كله من المدين بالنيابة عن بقية الدائنين ، ليكون الوفاء به له مبررًا لذمة المدين فى مواجهة هذا الدائن وبقية الدائنين .

٢٥٨ — ويهدف هذا النوع من التضامن الى تسهيل استيفاء الدائنين لحقهم عن طريق نيابة أحدهم عنهم فى هذا الاستيفاء . وهو لذلك نادر فى الحياة العملية ، لأن الهدف منه يمكن تحقيقه بنظام الوكالة التى لا تنطوى على الخطورة المحتملة التى يمكن أن تلحق بالدائنين المتضامنين اذا أعسر الدائن بعد أن استوفى الدين بالنيابة عن باقى الدائنين المتضامنين (١) .

آثاره :

٢٥٩ — ويرتب التضامن الايجابى آثاره فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين ، كما أن له آثاره أيضا فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم .

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨٧٢ ؛ مارتى ورينو بند ٧٧٨ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٤ ؛ كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤١٣ . ويضيف جوسران لأفضلية الوكالة على هذا النوع من التضامن : أن الوكالة يمكن الرجوع فيها ، كما أنها تنتهى بوفاء الوكيل أو الموكل ، حين أن الوضع الناشئ عن التضامن الايجابى هو وضع نهائى ، وغير قابل للرجوع فيه . جوسران بند ٧٥٦ ؛ وفى مصر : يرى د. السنهورى فى هذا النوع من التضامن أقرب الى أن يكون ضمانا للمدين ، منه ضمانا للدائن ج ٣ بند ١٢٣ .

اولا : في العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين :

٢٦٠ — تقوم هذه العلاقة على مبادئ ثلاثة هي التي تحكم ما يترتب على التضامن فيها من آثار :

(١) وحدة الدين :

٢٦١ — ويقصد بها أنه بالرغم من تعدد الدائنين الا أن حق هؤلاء جميعا في مواجهة المدين هو حق واحد . أو بعبارة أخرى أن المدين يلتزم بدين واحد في مواجهة هؤلاء جميعا . ويتفرع على ذلك :

١ — أن من حق أى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين .

٢ — أنه يجوز للمدين — بدوره — أن يفي بالدين كله لأى دائن منهم فترا دمتة قبل بقية الدائنين . اللهم الا اذا اعترضوا على الوفاء لواحد منهم بالذات (م ١/٢٨٠) . فاذا أوفاه المدين رغم الاعتراض فلا تبرا دمتة قبل الباقيين الا بقدر حصة هذا الدائن .

٣ — أن من حق ورثة الدائن المتوفى — وهم يحلون في مركز مورثهم في الدين التضامنى كله — أن يطالب كل منهم المدين بنسبة نصيبه في الدين التضامنى كله ، وليس في النصيب الذى يخص مورثهم من هذا الدين التضامنى ^(١) . فاذا تضامن — على سبيل المثال — دائنان في استيفاء مبلغ ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهم عن ابن وبنت فان ورثة المتوفى يحلون في نفس المركز الذى كان فيه مورثهم بالنسبة للمدين التضامنى كله . فاذا طالب أى منهم المدين كان له أن يطالبه بنسبة نصيبه في هذا الدين التضامنى كله . فلان أن يطالب المدين بـ ٢٠٠ جنيه وللبنت أن تطالب المدين بـ ١٠٠ جنيه .

٤ — أنه يجوز للمدين أن يدفع مطالبة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

(١) وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٠ — ٢ بأنه « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين » .

(ب) تعدد الروابط :

٢٦٢ — ويقصد به أنه بالرغم من وحدة الدين الا أن رابطة مستقلة تربط كل دائن على حدة بالمدين • ويتفرع على ذلك أنه :

١ — قد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب يبطلها فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بهذا العيب في مواجهة هذا الدائن وحده دون غيره من الدائنين • وقد نتصف هذه الرابطة بوصف لا نتصف به الروابط الأخرى ، فلا يكون للمدين أن يتمسك بهذا الوصف أيضا الا في مواجهة هذا الدائن وحده ^(١) (كما لو كان دينه في مواجهته مضافا الى أجل) •

حاصل القول في هذه الجزئية أن المدين لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن الذي يطالبه الا بأوجه الدفاع الخاصة بهذا الأخير أو المشتركة بين الدائنين جميعا ، دون الدفع الخاصة بغيره من الدائنين • وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٨١ فقرة ٢ •

٢ — أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء ، لا يكون من شأنها أن تبريء ذمته قبل الآخرين الا بقدر حصة هذا الدائن في الدين التضامني • (م ١/٢٨٢) •

النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفعهم :

٢٦٣ — ويقصد بها أن أى عمل يقوم به أحد الدائنين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائبا عنهم جميعا فيه • أما ما يأتيه من أعمال يمكن أن تسمى الى مركزهم فلا يكون فيه الا ممثلا لنفسه

(١) وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٨١ — ١ بأنه « يجوز للدائنين التضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من اثر الدين » .

فقط (١) • ويتفرع على ذلك :

١ — أن ما يقوم به أحد الدائنين من اعذار أو مطالبة قضائية المدين أو قسط للتقادم يفيد منه سائر الدائنين • كما يستفيدون من اقرار بالدين يحصل عليه الدين من مدينه • أو من حكم صدر لهذا الدائن بالأحقية في الدين • الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن •

٢ — أنه — بالمقابلة — لا يسرى في حق الدائنين التقادم الذي اكتمل في حق أحدهم ، أو الإبراء الذي صدر منه للمدين • ولا الحكم الذي يحصل عليه هذا الأخير ضد ذلك الدائن • فان جاز للمدين في كل هذه الحالات أن يتمسك بهذه الدفع في علاقته بذلك الدائن الا أنه لا يمكنه أن يحتج بها في مواجهة الآخرين الا بقدر حصة هذا الدائن •

ثانيا : في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

٢٦٤ — لا يتحد الدين الا في علاقة المدين بالدائنين المتضامنين • أما في علاقة هؤلاء الآخرين فيما بينهم فان الدين ينقسم بينهم كل بنسبة نصيبه الذي يحدده الاتفاق ، والا فالأصل أن أنصباؤهم متساوية (٢) • ويترتب على ذلك أنه اذا استوفى أحدهم الدين كله أو حتى قدرا منه كان ما استوفاه من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه (٣) • كما يتحملون — بنفس النسب — اعسار المدين أو اعسار الدائن الذي استوفى الدين •

(١) وفي هذا المعنى : تقضى المادة ٢٨٢ — ٢ بأنه « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأنى عملا من شأنه الإضرار بالآخرين » .
(٢، ٣) وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه • وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

المبحث الثاني

التضامن السلبي (التضامن بين المدينين)

La Solidarité Passive

المقصود به :

٢٦٥ — يقصد بالتضامن السلبي . حالة ما اذا تعدد الطرف المدين في الرابطة القانونية بحيث يكون من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين بالدين كله . وهو نظام بالغ الأهمية بالنسبة للدائن الذي لا يفوته — حين يتعدد المدينون — أن يشترطه عليهم من حيث تتكاتف بهذا الشكل ذمم المدينين ضمانا للوفاء بحقوق الدائن الذي لا يخشى في هذه الحالة مغبة اعسار أحدهم (١) .

٢٦٦ — ونظرا لهذه الخطورة فان هذا النوع من التضامن لا يصح افتراضه ، وانما يلزم أن يرد به اتفاق قاطع في الدلالة عليه ويجب أن يؤول الشك الى نفيه (٢) ، أو أن يرد به نص في القانون . بل ان النصوص التي قررتها قد وردت على سبيل الحصر فلا يصح القياس عليها (٣) (ومثالها نص المادة ١٦٩) بأنه « اذا تعدد

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٦ ، كاريونيه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، ستارك بند ١٨٧٦ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٤١٥ .

(٢) في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/١/٩ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٣ ص ٢٠ .

(٣) ويجب كذلك لتطبيق هذا التضامن ، أن يطلب الدائن فيه ، الحكم له به ، من محكمة الموضوع ، بشكل واضح صريح ، ولا يكفي أن يشير في صحيفة افتتاح الدعوى الى أن مسؤولية مدينه تكون تضامنية بنص القانون . انظر في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٦٤ ص ٢٨٩ ، في شأن التضامن المترر بالمسادة ٦٥١ مدنى بين المهندس المعماري والمقاول في علاقتهما برب العمل) .

وانظر ، في توسيع القضاء الفرنسى لفكرة التضامن السلبي :

VINCENT (J) : L'extension de la jurisprudence de la solidarité passive. R.T. 1939 P. 601 - 683.

المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض
الضرر « (٢٠١) .

آثاره :

٢٦٧ — وللتضامن بين المدينين آثاره في العلاقة بين الدائن
والمدينين المتضامنين . وفي علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم :

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصري لهذا النص : نقض ١٩٨٠/٣/٤
المجموعة السنة ٣١ رقم ١٣٧ ص ٧٠١ . وانظر في التضامن في حالة تعدد
الأخطاء مقال :

KAYSER (P) : La solidarité au cas de fautes R. cric. 1931
P. 197 - 224.

(٢) ومن أمثلته . في القانون المدني . أيضا : التضامن بين الفضوليين
إذا تعددوا (م ١٩٢) . والتضامن بين المهندسين المعماري والمقاول في
المسئولية عن تهدم المبنى أو وجود عيوب به تهدد متانته وسلامته م ٦٥١ .
وانظر في هذا الشأن : مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة
الأخرى ، بحث للمؤلف ، الناشر دار الفكر العربى . ط ١٩٨٥ . خاصة
بند ٢٧٤ وما بعده . والتضامن بين الوكلاء إذا تعددوا (م ٧٠٧ . وانظر
في تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٧/٥/٢ المجموعة السنة ٢٨ رقم
١٩٣ ص ١١١٨ . والتضامن بين الموكلين إذا تعددوا (م ٧١٢ . وانظر
في تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٩/١/١٨ . المجموعة السنة ٣٠
(ع ١) رقم ٦١ ص ٢٩٢ . والتضامن بين الوكيل ومن أنابه عنه في
تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، والتضامن بين الكفلاء .
في الكفالة القضائية أو القانونية (م ٧٩٥ . وفي القانون التجارى
أمثلة كثيرة أخرى : لا يتسع المقام لعرضها . انظر مثلا م ٢٢ ، م ١٣٧
تجارى) . ومن أمثلته في القوانين الخاصة ما تقضى به الفقرة ٢ من المادة
١٢٨ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ : التى تجعل
صاحب العمل الجديد مسئولا بالتضامن مع أصحاب العمل السابقين ، عن
تنفيذ جميع الالتزامات المستحقة عليهم لهيئة التأمينات الاجتماعية . انظر
من تطبيقات القضاء لهذا الفرض من التضامن : نقض ١٩٧٨/٣/١٨
المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٥ ص ٧٩٠ .

ومن أمثلة النصوص التى تقرر التضامن بين المدينين في القوانين
الفرنسى : المادة ٢٢٠ مدنى (المعدلة بقانون ١٣ يولية ١٩٦٥) والتى
تقضى بالتضامن بين الزوجين في سداد القرض الذى يبرمه أى منهما للاتفاق
منه على متطلبات حياتهما الأسرية وعلى تعليم أولادهما . وانظر من تطبيقات
القضاء الفرنسى لهذا النص ، نقض فرنسى ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ —
أ . ر — ٢٧٥ وتعليق مارتان) ، وانظر في تطبيق لحالة أخرى من حالات
التضامن (المقرر ينص قانونى) بين المدينين : نقض (تجارى ١٩٨٢/٥/١٩
(د . ١٩٨٢ — أ . ر — ٣٧٣) .

اولا : في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين (١) :

٢٦٨ — تهيمن على هذه العلاقة نفس المبادئ الثلاثة السابق تناولها في التضامن الايجابى . وهى التى تحكم أيضا آثار هذا التضامن في علاقة الدائن بمدينه .

(١) وحدة الدين :

٢٦٩ — يقصد بوحدة الدين في هذه الحالة أن المدينين ملتزمون في مواجهة الدائن بدين واحد تتضافر ذممهم المالية في ضمان الوفاء به له . بحيث يكون كل منجم ملتزما بوفائه كله . على أن يرجع بعد ذلك بما أوفاه على باقى المدينين كل بنسبة حصته . ويتفرع على ذلك :

١ — يكون للدائن ، فضلا عن حقه في مطالبة المدينين مجتمعين بالدين كله أن يطالب أحدهم به . على أن يراعى — بداهة — في هذه الحالة الأخيرة ما يلحق رابطته بهذا المدين من وصف يعدل من أثر الدين (م ٢٨٥ / ١) على ما سنرى عند دراسة آثار تعدد الروابط بين الدائن ومدينيه المتضامنين .

٢ — يكون لأى مدين أن يفى بالدين كله ، ويتعين على الدائن قبول الوفاء منه ، فقتبراً ذمة المدين الموفى وذمم باقى المدينين . فإذا كان الوفاء جزئيا وقبله الدائن فلا يجوز لهذا الأخير أن يرجع على بقية المدينين الا بالجزء الباقي من الدين .

٣ — يستطيع المدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع هذه المطالبة بالدفع المشترك بين المدينين جميعا (م ٢٨٥ / ٢) (كبطلان التصرف المرتب لحق الدائن لعدم مشروعية محله على سبيل المثال) . كما يمكنه أن يتمسك بالوصف الذى يلحق الالتزام في علاقتهم جميعا بهذا الدائن (كما لو كان الدين — على سبيل المثال — مضافا الى أجل واقف بالنسبة لهم جميعا) .

(١) انظر هاليكور : رسالة بورديو سابقة الاشارة الصفحات ١٦٥ .

٤ — لكل مدين أن يدفع في مواجهة الدائن بأسباب الانقضاء العامة التي تقضى على كل الدين كاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي .

(ب) تعدد الروابط :

٢٧٠ — بالرغم من وحدة الدين فان روابط متعددة ومستقلة تربط بين الدائن وكل مدين من مدينه المتضامنين . ويتفرع على ذلك :

١ — أنه يجب على الدائن . حين يختار أحد المدينين للرجوع عليه بكل الدين . أن يراعى طبيعة الرابطة التي تربطه بهذا المدين بالذات . فاذا رجع على أحدهم وكانت الرابطة بينه وبين من رجع عليه مشوية بالبطلان أو يلحقها وصف يعدل من أثر الالتزام كان للمدين أن يتمسك بهذه الدفع في مواجهة الدائن . حين لا يكون لغيره من المدينين الآخرين . اذا رجع عليه الدائن . أن يتمسك بهذه الدفع الخاصة بغيره . أو بعبارة أخرى يكون لكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفع المشتركة بين المدينين جميعا أو بالدفع الخاصة به وحده دون الدفع الخاصة بغيره (م ٢/٢٨٥) .

٢ — قد ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين دون الآخرين فغترأ ذمته في مواجهة الدائن . لكن يبقى من حق هذا الأخير أن يرجع على الباقيين بكل الدين بعد استئزال حصة هذا المدين . على تفصيل في أسباب الانقضاء نوره فيما يلي :

* التجديد :

لا مشكلة اذا اتفق الدائن على التجديد مع المدينين المتضامنين جميعا فعندئذ ينقضى الالتزام القديم ويصبحون مدينين بالتضامن في الالتزام الجديد .

أما اذا تم التجديد مع أحد المدينين فقط ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم بالنسبة للباقيين على أن يرجع عليهم المدين الذى قضى

الدين بالتجديد كل بنسبة نصيبه • أما الدائن فليس له أن يرجع بعد ذلك على أى من المدينين الآخرين الذين برئت ذمتهم — بالفرض — من هذا الدين نتيجة انقضائه بالتجديد (م ٢٨٦) • اللهم الا اذا كان قد احتفظ — عند التجديد — بحقه قبلهم (م ٢٨٦) • أو بعبارة أخرى الا اذا قصد استبقاء الدين القديم في علاقته بهؤلاء المدينين • وعندئذ يمكنه الرجوع على أى منهم بكل الدين القديم بعد استئزال حصة المدين الذى تم التجديد معه •

* المقاصة :

قد ينقضى الدين بالمقاصة القانونية بين الدائن وأحد المدينين • وعندئذ لا يستطيع الدائن أن يتخير هذا المدين بالذات للرجوع عليه والا تمسك هذا الأخير في مواجهته بانقضاء الدين كله بالمقاصة ويكون لهذا المدين — وقد قضى الدين كله بهذا الشكل — أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته •

أما اذا اختار الدائن مدينا آخر ورجع عليه بكل الدين ، فان هذا المدين لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين الآخر المتضامن الا بقدر حصة هذا الأخير في الدين كله • ويتعين عليه أن يفى بالباقى للدائن • (م ٢٨٧) •

* اتحاد الذمة :

اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين وكان الدائن هو الذى توفي فورثه هذا المدين ، انقضى الدين بنسبة حصة هذا المدين • وكان لهذا الأخير وقد حل محل الدائن أن يرجع على باقى المدينين بالدين كله بعد استئزال حصته التى اتحدت الذمة فيها • (م ٢٨٨) •

أما على العكس اذا كان أحد المدينين هو الذى توفي فورثه الدائن فقد كان من المفروض أن تتحد الذمة في شخص الدائن ، فينقضى الدين بنسبة حصة المدين الذى توفي ، بحيث يكون للدائن أن يرجع على

أى من الباقيين بالدين كله . بعد استئزال الحصة التى اتحدت فيها
الذمة . ولكن وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التى تقضى بأنه « لا تركة
الا بعد سداد الدين » يكون للدائن أن يرجع على أى من المدينين الباقيين
بالدين كله . فإذا وفاه رجع على باقى المدينين وعلى تركة المدين المتوفى
كل بنسبة حصته فى الدين .

* الإبراء (١) :

لا مشكلة اذا أبرأ الدائن المدينين جميعاً . فعندئذ سوف ينقضى
الدين التضامنى كله بالإبراء . غير أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين
فقط :

١ — فإذا أبرأه من الدين ذاته : لم يعد من حقه بعد ذلك أن يختار
الرجوع بالدين على هذا المدين بالذات . وإنما يكون له أن يرجع على
أى من المدينين الآخرين بالدين كله بعد استئزال حصة المدين الذى أبرأه
الا اذا كان الدائن قد احتفظ . عند إبراء المدين ، بحقه فى الرجوع
على باقيهم بكل الدين . فعندئذ لا يستطيع أى من الباقيين أن يتمسك
بهذا الإبراء . فيكون عليه أن يدفع الدين كله ثم يرجع بعد ذلك على
باقى المدينين ومنهم المدين المبرأ كل بنسبة حصته . ومن ثم فلا يكون
للإبراء الذى تم فى مواجهة أحد المدينين من أثر الا فى منع الدائن
من مطالبته .

وعلى أية حال . فإذا رجع من وفى الدين التضامنى كله ، بعد
استئزال حصة المدين المبرأ . على باقى المدينين ووجد أحدهم معسراً
كان له أن يرجع على المدين المبرأ بنصيبه فى حصة المدين المعسر الا اذا
كان الدائن قد أعفى المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين
فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر .

(١) انظر المواد ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ مدنى .

٢ — أما اذا ابرأه من التضامن فقط : فلا يعد من حق الدائن أن يرجع على هذا المدين الا بقدر حصته فقط . انما يحق له أن يختار أى من المدينين الآخرين ليرجع عليه بالدين كله . فاذا أوفاه هذا الأخير رجع على باقى المدينين ؛ ومنهم المدين الذى ابرأه من التضامن كل بنسبة حصته . فاذا وجد أحدهم عند الرجوع عليه معسرا تحمل الـ من الباقيين — ومنهم المدين المبرأ — نصيبه فى حصة المعسر .

٣ — فاذا فرض وكان هذا المدين الذى ابرأه الدائن . هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وكان الدائن بعلم ذلك « فليس له — أى الدائن — أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين . ذلك أنه اذا رجع على أحد منهم ؛ كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من ابرائه . فتتعدم الفائدة من هذا البراء » (١) . وفى الواقع ، يعتبر الدائن فى هذه الحالة . فى حكم من ابرأ المدينين جميعا ما دام أنه يجب ، بمقتضى المادة ٢٩٩ ، وكما سنرى فيما بعد ، « اذا كان أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين » أن « يتحمل به كله نحو الباقيين » .

§ التقادم :

اذا تقادم الدين فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين المتضامين (٢) ، فلا يكون له أن يرجع على هذا المدين . وانما يكون

(١) نقض ١٧/٤/١٩٧٩ المجموعة السنة ٣٠ ع ١٢ رقم ٢١١ ، ص ١٤٣ .

(٢) وتقادم الدين فى العلاقة بين الدائن واحد المدينين المتضامين دون سائرهم ، أمر متصور فى الحقيقة ، بالنظر الى ما سبق أن اشرنا اليه من تعدد الروابط التى تربط الدائن بكل مدين منهم ، وامكان أن تتصف إحدى هذه الروابط بوصف لا تتصف به الروابط الأخرى . بما يتصور معه أن يكون التزام أحد المدينين منجزا ، مثلا ، حين أن التزام الباقيين مؤجلا . ولما كان التقادم لا يبدأ — بالفرض — فى السريان الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء . فسوف يترتب على ذلك فى هذا المثال . أن تكتبل مدة التقادم بالنسبة لهذا المدين قبل أن تكتمل بالنسبة للباقيين . كذلك قد ينقطع التقادم أو يقف سريانه فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين ، حين =

له الرجوع على أى من الباقيين بكل الدين بعد استئزال حصة المدين التى انقضت بالتقادم ^(١) (وفى هذا المعنى نص المادة ٢٩٢/١) •
فاذا وفاه أحدهم رجع على بقية المدينين • فاذا وجد أحدهم معسرا
تحمل كل منهم : ومنهم المدين الذى انقضى دينه بالتقادم : نصيبه
فى حصة المعسر •

(ب) النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم (٢) :

٢٧١ - مضمون هذه النيابة كما سبق أن ذكرنا فى التضامن
الايجابى - أن أى عمل يقوم به أحد المدينين ويكون من شأنه أن يفيد

= يستمر سريانه بالنسبة لمدين آخر • وفى هذه الحالة • ستكمل مدة التقادم
بالنسبة لهذا الآخر • قبل اكتمالها فى شأن من انتطع التقادم أو توقف
فى حقه •

(١) فاذا كان قد رجع عليه بكل الدين دون استئزال هذه الحصة ،
جاز له أن يدفع هذا الرجوع بتقادم الدين بمقدارها • فى هذا المعنى نقض
١٩٦٨/٤/٢ المجموعة السنة ١٩١ ع د ، رقم ١٠١ ص ٦٨٩ ، وأن كانت
المحكمة قد استدركت قائلة : « إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين التضامن هذا
الدفع ، فإن أثره لا يتعدى الى غيره من المدينين التضامنين الذين لم
يتسكوا به » • وقد أسست هذا الاستدراك على نص المادة ٢٨٧-١
التي تقضى بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ،
بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو أو أى شخص له
مصلحة فيه ... » ، حيث فهمت منه أن ابداء الدفع بالتقادم فضلا على
أنه يقتصر على من له مصلحة فيه ، فإنه لا ينتج أثره « إلا فى حق من
نسك به » • وهو فهم محل نظر • إذ يخالف • فيما نعتقد ، مبدأ النيابة
التبادلية بين المدينين التضامنين فى كل ما ينفعهم •

(٢) وجود هذا النوع من النيابة بين المدينين المتعددين ، ولو كانت
(أى هذه النيابة) • مقصورة على ما ينفعهم • هي أحد الفوارق الهامة
التي تميز بين التضامن السلبي وما يعرف بالالتزام التضامنى *l'obligation*
in solidum • الذى تنعدم فيه • على العكس • مثل هذه النيابة بين
المدينين التضامنين • حتى فيما ينفعهم • حيث لا توجد فى الحقيقة مصلحة
مشتركة بينهم تبررها •

ويقصد بالالتزام التضامنى • تلك الحالة التى يكون فيها عدة أشخاص
مسؤولين فى مواجهة الدائن عن دين واحد : كل منهم يلتزم به كلكه ،
ولكن بسبب (أو مصدر) مختلف (أو مستقل) عن سبب التزام الآخرين
به • ومن أمثله الشهيرة فى القانون الفرنسى : تضامن المهندس المعماري
والمقاول فى المسؤولية عن تهدم البناء أو عما يظهر به من عيوب تؤدد متانته
أو تجعله غير صالح للغرض الذى أنشئ من أجله (م ١٧٩٢ • • ٢٢٧ مدنى •)
حيث يرتبط المهندس والمقاول كل منهما بعقد منفصل • مع رب العمل (انظر =

سائرهم يعتبر نائباً عنهم فيه دون ما يضرهم من الأعمال . ويتفرع على ذلك :

١ - إذا وجه أحد المدينين الى الدائن اعذاراً . استفاد منه باقى المدينين . أما إذا كان الدائن هو الذى وجه الاعذار لأحدهم أو طالبه قضائياً فلا يضر من ذلك الباقيون . (م ٢٩٣) .

= بحث المؤلف سابق الإشارة اليه . وعلى الأخص البنود من ٢٧٩-٢٨٨ . أما فى مصر : فان مسئولية المهندس المعماري والمقاول هى مسئولية تضامنية بمقتضى صريح نص المادة ٦٥١ مدنى .

ويمكن ان نمثل للالتزام التضامى فى مصر ، بمسئولية العامل الذى يخل بالتزامه العقدى فى مواجهة رب العمل . وذلك بتحريض من رب عمل آخر ، حيث تجتمع مسئولية المحرض التقصيرية مع مسئولية العامل العقدية . ومن ثم يتضامان فى التزامهم بتعويض ما ترتب على ذلك من ضرر لرب العمل . ويكون من ثم كل منهما مسئولاً عن هذا التعويض بأكمله . ولعل انعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضاميين حتى فيما ينفع . هو الذى يقف وراء نعت هذا النوع من الالتزام . من قبل بعض الشراح .

بـ التضامن الناقص *La solidarité imparfaite* . انظر مثلاً : كاربونيه بنـد ١٣٤ ص ٤٩٣ ، مارتى ورينو بنـد ٧٧٧ . جوجلار (دروس مازو) بنـد ١٠٥٦ ، وراجع فى دراسة وافية لفكرة التضامن الناقص :

1902.

N. IOANID (N.) : De la solidarité imparfaite. Thèse Paris

وراجع فى الالتزام التضامى بوجه عام :

MEURISSE (R) : Le déclin de l'obligation in solidum. D. 1962 - chr - P. 243 à 246 : CHABAS (F) : Remarques sur l'obligation in solidum. R T. 1967 P. 310.

جوجلار (دروس مازو) البنود ١٠٧٠ الى ١٠٧٢ ، ستارك البنود ١٨٨٣ الى ١٨٨٦ ، مارتى ورينو البنود ٧٩٧ الى ٨٠٠ ، وفى مصر : د. السنهورى ج ٣ بنـد ١٧٦ ، د. اسماعيل غانم ١٥٩ ، وانظر من تطبيقات القضاء المصرى للالتزام التضامى : نقض ١٩٦٨/٣/٢١ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٨٥ ص ٥٦٩ ، نقض ١٩٦٧/١١/٢١ المجموعة السنة ١٨ (ع ٤) رقم ٢٥٩ ص ١٧١٧ (وقد جاء فى هذا الحكم ان : مقتضى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً ، أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين . ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما . ولأنه انما دفع عن نفسه . والحكم ، فى جزئه الآخر المتعلق بعدم جواز رجوع المتضامن الموفى على المدين الآخر ، محل نظر ، فهذا الرجوع جائز فى الحقيقة) ، نقض ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة السنة ١٧ (ع ١) رقم ٤٦ ص ٣٢٩ .

٢ — اذا انقطع التقادم أو توقف بالنسبة لأحد المدينين فإنه يظل ساريا بالنسبة للباقيين بما يعنى أن الدائن لا يمكنه أن يتمسك بهذا الانقطاع أو هذا الوقف قبل باقى المدينين (م ٢/٢٩٢) • وإذا لم يتمسك أحد المدينين بالتقادم بقى من حق الباقيين أن يتمسكوا به •

٣ — اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين فإن هذا الصلح ينفذ فى حق بقية المدينين بالقدر الذى ينفعهم • أما اذا انطوى هذا الصلح على ما يضرهم فلا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه (م ٢٩٤) •

٤ — اذا أقر أحد المدينين بالدين فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقيين ^(١) • (م ١/٢٩٥) أما — على العكس — اذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، كان لبقية المدينين أن يفيدوا من هذا الاقرار •

٥ — اذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين وخطفها فخرس الدائن بذلك دعواه ، استفاد من ذلك باقى المدينين • أما اذا نكل عنها فخرس هو دعواه ، فلا يضار الباقيون بنكوله • أما اذا كان أحد المدينين هو الذى وجه اليمين الى الدائن فخطفها فكسب بذلك دعواه • فلا يحتج على باقى المدينين بهذا الحلف • أما اذا نكل عنها الدائن فخرس دعواه ، استفاد الباقيون من هذا النكول • (م ٣٤٢/٢٩٥) •

٦ — اذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه ، فإنه هو وحده الذى يسأل عنه دون باقى المدينين • وفى هذا المعنى تقضى المادة ١/٢٩٣ بأنه « لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله •

ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على أساس من المبادئ العامة فى المسئولية ^(٢) وليس — كما يذهب واضعوا المذكرة الايضاحية

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء ، لهذا الفرض : نقض ١١/٢٢/١٩٦٦ المجموعة السنة ١٧ (ع ٤) رقم ٢٤٢ ص ١٧٠٥ •

(٢) من هذا الراى د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٩٧ ، وقسرب د. سليمان مرقس بند ٧٧٧ •

(م ١٤ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

للمشروع التمهيدى ^(١) — على أساس من استبعاد النيابة التبادلية حين يبنى أعمالها الى مركز المدينين المتضامنين ^(٢) . حيث أن النيابة لا تكون الا في التصرفات القانونية ولا شأن لها بالأعمال المادية ^(٣) .

غير أن قصر المسؤولية عن الخطأ الذى يرتكبه أحد المدينين في تنفيذه لالتزامه . على هذا المدين المخطئ وحده ، يقتضى ايضاحا في الفرض الذى يتمثل فيه هذا الخطأ في التسبب في هلاك الشيء الذى كان من الواجب أدائه للدائن . فقد اعتقد بعض الشراح أن هذا الخطأ المؤدى الى هلاك الشيء ومن ثم الى استحالة أدائه للدائن . يؤدي الى براءة ذمة باقى المدينين براءة تامة ، بحسبان هذا الخطأ يشكل سببا أجنبيا بالنسبة لهم . ومن ثم فانهم لا يسألون في مواجهة الدائن . ولا حتى عن قيمة الشيء الذى هلك ، اذ تقتصر المسؤولية عن هذه القيمة . وكذلك عن جميع عناصر الضرر الأخرى التى يمكن أن تصيب الدائن من جراء عدم حصوله على هذا الشيء على المدين المخطئ وحده ^(٤) .

واعفاء المدينين المتضامنين من التزامهم بدفع قيمة الشيء الذى هلك ، هو حكم يتنافى وفكرة التضامن الذى يهدف في الحقيقة الى تأمين الدائن من خطر اعسار أحد المدينين ، اذ « في القول بمسائلة المدين المخطئ وحده عن قيمة الشيء الهالك ، ما يعرض الدائن لخطر ضياع

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٨٦ .

(٢) من هذا الراى : د. السنهورى ج ٣ بند ١٩٧ ، د. شمس الدين الوكيل ص ٢٥٠ ، د. الصدة بند ٦٨ ، د. عبد الودود يحيى بند ١١١ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٧٠ ، د. جميل الشرقاوى بند ٦٤ ص ٢١٣ .

(٣) لمزيد من التفاصيل في أسانيد هذا الراى : د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٩٧ .

(٤) من هذا الراى : د. اسماعيل غانم بند ١٧٣ ، هامش ٢ من ص ٣٢٢ ، ٣٣٣ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٧٠ .

حقه : اذا كان هذا المدين معسرا » (١) . ومن ثم فأننا نعتقد مع البعض الآخر من الشراح (٢) بوجوب التمييز بين قيمة الشيء الذى هلك : وعناصر الضرر الأخرى (٣) . حين يبتقى جميع المدينين مسئولين بالتضامن عن الوفاء بهذه القيمة . أما بقية عناصر الضرر الأخرى فيسأل عن تعويضها المدين المخطئ وحده . وليس فى هذا الحل ما يتنافى واستبعاد النيابة التبادلية بين المدينين فيما يضر « اذ لن يترتب على الزامهم بقيمة الشيء الهالك زيادة فى عبء الالتزام بالنسبة لهم » (٤) .

٧ — الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لا يكون حجة على باقيهم . أما الحكم الذى يصدر لصالحه فان لهم جميعا أن يفيدوا منه (٥) . الا اذا كان مبنيا على أسباب تتعلق بشخص المدين الذى صدر لصالحه . (م ٢٩٦) .

ثانيا : فى علاقة المدينين فيما بينهم (٦) :

٢٧٢ — اذا كان المدينون يتضامنون فى الوفاء بحق الدائن : فان الدين فيما بينهم ينقسم : بحيث اذا وفاه أى منهم كان له أن يرجع على باقى المدينين كل بنسبة حصته . كما يتحمل كل منهم أيضا نصيبه فى حصة المعسر منهم . (م ٢٩٨) . وكذلك الحال لو قضى أحد المدينين الدين كله بطريق معادل للوفاء كالمقاصة أو التجديد .

(١) د. انور سلطان بند ٣٠٠ .

(٢) د. انور سلطان ، الاشارة السابقة : د. عبد الحى حجازى اشار اليه د. سلطان ص ٢٩٣ هامش ٢ د. الحدة بند ٦٨ : د. عبدالودود يحيى بند ١١١ .

(٣) كالمصاريف التى انفقها الدائن فى ابرام العقد : وما فاتته من ربح بسبب عدم حصوله على الشيء .

(٤) د. انور سلطان بند ٣٠٠ .

(٥) وقد قذمت محكمة النقض المصرية : بأن الاستثناء المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم . وان المدينين المتضامنين يقوم بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم . نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٧٦ ص ٥٤٩ .

(٦) أنظر فى هذا الشأن رسالة هاليكور سابقة الاشارة . الصفحات من ٨٦ الى ٩٧ .

والأصل أن تكون حصص المدينين المتضامنين متساوية ؛ ما لم يرد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك ^(١) (م ٢/٢٩٧) . أو كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فعندئذ يتحمل هو وحده الدين كله ^(٢) (م ٢٩٩) . فإذا كان الدائن قد رجع عليه هو ، فلا يكون له بعد أن يفى أن يرجع على أى من الباقيين . وإذا كان قد رجع على غيره ، كان لمن أوفى ^(٣) أن يرجع على هذا المدين وحده بكل ما أوفاه ^(٤) .

٢٧٣ — والمدين الموفى حين يرجع على باقى المدينين : اما أن يرجع عليهم بدعوى شخصية أو يرجع عليهم بدعوى الحلول . حين يحل محل الدائن الذى وفاه في رجوعه على باقى المدينين ، وهذا أفضل بالنسبة له ، حيث تمكنه دعوى الحلول من الافادة من التأمينات التى كانت تضمن حق الدائن ^(٥) . لكنه في هذه الحالة الأخيرة لا يرجع على أى من الباقيين الا بقدر حصته في الدين ^(٦) (م ١/٢٩٧) .

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٣/٩ المجموعة السنة ٢٣ (ع ١) رقم ٥٧ ص ٣٦٤ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٧٥/١/٢٧ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٨ ص ٢٥٧ .

(٣،٤) وتطبيقا لهذا الفرض ، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية انه « لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، الا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامنين ، الرجوع عليه بهذا الدين ، الا اذا كان قد وفاه بالفعل للدائن . ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام » . نقض ١٩٧٦/٥/٣ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦ .

(٥) في هذا المعنى : جوجلار (دبروس مازو) بنيد ١٠٦٨ ، مارتى ورينبويند ٧٩١ .

(٦) في هذا المعنى ، جوجلار ، الاشارة السابقة .

المبحث الثاني

عدم القابلية للانقسام

L'indivisibilité

المقصود به ، واسبابه :

٢٧٤ - يقصد بعدم القابلية للانقسام : كوصف للالتزام ، حالة ما اذا كان من الواجب تنفيذ الالتزام كوحدة واحدة أو جملة واحدة . دون أن ينقسم على أطرافه المتعددين ، رغم عدم وجود تضامن بينهم فيه . وذلك خلافا للأصل الذي يوجب انقسام الدين في هذه الحالة ما دام لا يوجد تضامن بين أطرافه المتعددين . ويعنى عدم الانقسام أن كل مدين — اذا كان التعدد في المدينين — يكون ملزما بوفاء الالتزام كاملا . وأن لكل دائن — اذا كان التعدد في الدائنين — أن يطالب بأدائه كاملا .

٢٧٥ - وترجع عدم قابلية التزام ما للانقسام الى أحد سببين : اما الى طبيعة محله . حين يقال في هذه الحالة أن هناك عدم انقسام طبيعي ، أو لاشتراط عدم تنفيذه منقسما . حين يقال في هذه الحالة أن هناك عدم انقسام اتفاقي أو مشروط .

(١) فاما عدم الانقسام الطبيعي ، فمرجعه الى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم : اما لأن هذا المحل لا تتصور تجزئته . كما هو الحال في الالتزام بتسليم حيوان ما حيا مثلا ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مطلقة ، أو لأنه — مع امكان تصووره مجزئا — قد نظر اليه في العقد بحسابه كلاً واحدا لا يقبل هذه التجزئة ، كما هو الحال مثلا في التزام مقاولين ببناء منزل^(١) ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مجرد نسبية^(٢) .

(١) في هذا المعنى : مارتى ورينو . ٧٧٠ ، كاريونيه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر أيضا د. اسماعيل غاتم بند ١٨٥ .

(٢) وتقدير وجود هذه الصورة من عدم الانقسام ، هو — بداهة — من اطلاقات محكمة الموضوع . انظر في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ص ٧٧٦ والاحكام المشار اليها في هذا الموضع هامش ٢ .

— وتتحقق عدم القابلية للانقسام المطلقة . كقاعدة عامة ، إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ^(١) . اذ لا يتصور أن يتجزأ هذا الامتناع على المدينين المتعديدين « لأن كل عمل مخالف للامتناع موضوع الالتزام يتضمن مخالفة لهذا الالتزام » ^(٢) ، كاللزام مجموعة بائعين لمحل تجارى بعدم منافسة المشتري . كما أن من الالتزام بعمل ما يتصور أن يكون غير قابل للانقسام بسبب طبيعة هذا العمل ^(٣) ، كاللزام بتسليم حيوان حيا . أمما الالتزام بنقل حق عيني أو انشاء هذا الحق : أى الالتزام باعطاء ، فيندر في الواقع أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله : لأن الوفاء الجزئى به — حتى في الحالات التى يكون فيها الشيء محله غير قابل للتجزئة المادية — يظل أمرا ممكنا وذلك بأن تنقل للدائن حصة شائعة في الشيء بدلا من الحق كاملا ^(٤) .

— وتتحقق عدم القابلية للانقسام النسبية ، كما قلنا ، في كل مرة يكون محل الالتزام فيها غير قابل لأن ينقسم بسبب نظرة المتعاقدين اليه ككل لا ينقسم .

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٤٤ :
مارتى ورينو بند ٧٧٠ ؛ انظر أيضا د. اسماعيل غانم بند ١٨٥ .
(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٤٤ .
(٣) ويرى مارتى ورينو أن « معظم » صور الالتزام بعمل ، تكون كذلك : انظر بند ٧٧٠ ؛ وفي نفس المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٤٤ .

(٤) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧٠ . ومن الأمثلة العملية الفادرة له ، والتي تحظى بتسليم الفقه : الالتزام بتقرير حق ارتفاق . انظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ، وكولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٤٤ ، د. اسماعيل غانم ص ٣٤٧ هامش ١ . كما يمثل بعض الشراح لذلك أيضا بالالتزام بترتيب حق رهن : انظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، الإشارة السابقة ، د. السنهورى ح ٣ بند ٢١١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٩٥ ، ونقض مصرى ١٩٧٣/٧/١١ المجموعة ٢٤ — ١٧٣ — ١٠٠٠ ، وانظر عكس ذلك ، وإن قاعدة عدم تجزئة الرهن المقررة بالمادة ١٠٤١ مدنى لا شأن لها بالالتزام بانشاءه ، اذ يصح أن يتقرر الرهن عن حصة شائعة في عقار ، د. اسماعيل غانم ، الإشارة السابقة ، وفي نفس الاتجاه العكسى : د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٠٩ .

(ب) وأما عدم الانقسام المشروط^(١) : فإنه لا يرجع الى أن صبيعة المحل لا تقبل الانقسام مطلقا أو نسبيا على التحديد السابق ، وإنما الى مجرد الاتفاق على عدم تنفيذ الالتزام مقسما . هذا الاتفاق الذي قد يكون صريحا . وقد يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد^(٢) . وبخاصة من الغرض المقصود من الالتزام . ومثله . ما أشارت اليه المذكرة الايضاحية : من شراء أحد الأشخاص قطعة أرض من عدة ملاك حين كان نفهوما من العقد أنه قد تمهد أن يقيم عليها مصنعا . إذ لا يجوز في هذه الحالة أن يتم الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة . بل يلزم الوفاء بالكل^(٣) .

ويغلب في عدم الانقسام الاتفاقى أن يكون مشروطا لمصلحة الدائن . على أنه قد يكون مشروطا في بعض الأحيان لمصلحة المدين . فلا يجبر هذا الأخير . عندئذ . على تقسيم الوفاء على الدائنين المتعددتين .

٢٧٦ — وقد لخصت أسباب عدم قابلية التزام ما للانقسام . المادة ٣٠٠ مدنى . حين قضت بأنه : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذى رعى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما : أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » .

(١) ويصف كابونيه عدم قابلية الالتزام للانقسام فى هذا الغرض : بأنها عرضية . بنسب ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر ، بوجه عام ، فى هذا الموضوع :

J. BOULANGER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité. R.T 1950 P. 1 et s.

(٢) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة ٢٩ — ٢٥٩ — ١٣٢٨ ، وفى فرنسا قضت محكمة النقض بأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون بذاته غير قابل للانقسام . وأنه لا يمكن استخلاص عدم قابليته لهذا الانقسام من مجرد كونه قد حدد جملة فى العقد ، دون اشتراط أن يكون على كل من الدينين به دفع نصف هذا المبلغ ، انظر : نقض ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ — أ . ر — ٢٧٥ وتعليق مارتان) .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٠١ .

آثار عدم القابلية للانقسام :

٢٧٧ — لا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام الا عندما يتعدد الدائنون أو المدينون ^(١) : أما اذا كانت الرابطة القانونية تجمع بين دائن واحد ومدين واحد ، فان القاعدة نفسها : كما سنفصله في موضع لاحق ، هي عدم جواز تجزئة الوفاء : بمعنى أنه لا يجوز اجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه : حتى ولو كان محل الالتزام قابلا لأن ينقسم .

٢٧٨ — فاذا كان التعدد في المدينين « كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا » (م ١/٣٠١) : بما يعنى أن من حق الدائن الرجوع على أيهم به كله « وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته ، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » (م ٢/٣٠١) . كما لو كان أحد المدينين مثلا هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمله وحده .

٢٧٩ — واذا كان التعدد في الدائنين : سواء كان هذا التعدد ابتداء (أى عند نشأة الرابطة القانونية) أو وقع لاحقا (كما لو تعدد ورثة من كان بمفرده دائنا في هذه الرابطة) : جاز لقل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك : كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين ، أو ايداع الشيء محل الالتزام « (م ١/٣٠٢) . هذا عن أثر عدم القابلية للانقسام في علاقتهم بالمدين ، أما في العلاقة فيما بينهم ، فان الدائنين الآخرين يرجعون « على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » (م ٢/٣٠٢) .

(١) في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٩/٣/١٧ المجموعة ٢٠ (ع ١) — ١٥٤ — ٨٣٩ : وأنظر أيضا : ستارك بند ١٨٨٨ ، مارتى ورينو بند ٧٦٨ .

أوجه الاختلاف بين عدم القابلية للانقسام ، والتضامن (١) :

٢٨٠ — بدا من آثار عدم القابلية للانقسام على نحو ما عرضناه . كيف تقترب الى حد كبير من آثار التضامن . لكن يبقى . مع ذلك . خارقان جوهريان بين هذين النظامين :

فمن ناحية : بينما أن التضامن بين المدينين يمتد ليشمل الى جانب تضامنهم في التنفيذ العيني للالتزام . تضامنهم في الالتزام بالتعويض نتيجة اخلاصهم بهذا التنفيذ . فان عدم الانقسام الطبيعي للالتزام . وهو يرجع الى طبيعة محله نفسها . انما ينحصر — بداهة — في فرض تنفيذه عينا . أما التعويض عن الاخلال بهذا التنفيذ . وهو يتمثل — بالفرض — في مبلغ من النقود : فانه ينقسم على المدينين المتعددين ، لأن النقود بطبيعتها نفسها . مما يقبل هذا الانقسام (٢) . ويظهر من ذلك الى أي حد يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفى بعدم قابلية الالتزام للانقسام . وانما أن يشترط التضامن بين مدينيه المتعددين .

ومن ناحية أخرى : بينما يظل الالتزام غير القابل للانقسام (بطبيعته أو بالاشتراط) محتفظا بهذه الصفة اذا توفى الدائن فيه غورته متعددون (٣) : حيث يجوز لكل وارث كما قلنا أن يطالب بأداء الالتزام كاملا (م ١/٣٠٢) . فان التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام : لا يحول كما بينا في موضع سابق ، « دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامين » (م ٢/٢٨٠) .

(١) لمزيد من التفاصيل في أوجه الاختلاف بين النظامين راجع : ستارك ، البندان ١٨٨٩ ، ١٨٩٠ : جوسران بند ٨٠١ .
(٢) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٧٥ . وانظر نقض مصري ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة ١٧ (ع ١) — ٤٦ — ٣٢٩ ، ونقض فرنسي ١٩٣٣/٣/١٤ (د. ١٩٣٣ ص ٢٢٤) .
(٣) ويمتد نفس الحكم في القانون الفرنسي الى الفرض الذي يتوفى فيه أحد المدينين ، حين لا ينقسم الالتزام أيضا على ورثته ، بما يعني أن بإمكان الدائن أن يرجع على أي من هؤلاء الورثة بالدين كاملا . ويرى جوجلار في هذا الحكم ، الفائدة الرئيسية من فكرة عدم الانقسام بند ١٠٧٦ : وفي نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧١ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيد :

٢٨١ — يقصد بانتقال الالتزام : تغير أحد أطراف الرابطة القانونية بحلول غيره محله ، في ذات هذه الرابطة ، ومع الإبقاء عليها . وهو بهذا الشكل يختلف عن بعض صور انقضاء الالتزام التي يترتب على تغير أحد أطراف الرابطة القانونية فيها انقضاء الالتزام الأصلي وحلول الالتزام جديد محله (كما هو الحال في التجديد والائابة) (١) .

٢٨٢ — ويقع انتقال الالتزام : إما بسبب الوفاة ، حين يخضع لأحكام الارث والوصية : أو بين الأحياء حين يسمى بالحوالة . فإذا أصاب التغير شخص الدائن كنا بصدد حوالة الحق (٢) . أما إذا تناول التغير شخص المدين كنا بصدد حوالة الدين . ونخصص لكل من نوعي الحوالة فصلا مستقلا .

(١) انظر في تفاصيل التفرقة بين حوالة الحق . وعذه الانظمة ، وكذلك بينها والوفاء مع الحلول ، والاشتراط لمصلحة الفير : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٧٦ . مارتى ورينو بند ٨٠٢ : د. السنهوري ج ٣ ، البنود من ٢٤٢ — ٢٤٤ .

(٢) ولم ينظم القانون المدني الفرنسي سوى هذا النوع من الحوالة فقط ، وذلك في المواد من ١٦٨٩ — ١٦٩٥ . وقد عالجها — بهذه المواد — في الباب المخصص لعقد البيع . راجع في نقد هذا المنهج ، تأسيسا على أن حوالة الحق يمكن أن تتم على سبيل التبرع : ويمكن أن يكون المقصود منها هو الوفاء بمقابل : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٥٧ .

أما حوالة الدين ، فلم ينظمها المشرع الفرنسي . ويصف بعض الشراح الفرنسيين التطبيقات الاستثنائية التي استعان فيها المشرع بهذه الفكرة ، بأنها تطبيقات « نادرة » . انظر : جوجلار بند ١٢٨١ .

ويثور التساؤل في فرنسا عما إذا كان سكوت المشرع عن تنظيم هذا النوع من الحوالة ، يعنى عدم جواز التراخي على انتقال الدين الى مدين آخر ولو بموافقة الدائن على هذا الانتقال ؟ . البعض يجيب على ذلك الإيجاب ، مؤكدا أن سكوت المشرع عن تنظيم هذا النوع من الحوالة هو « سكوت مقصود » . انظر جوجلار بند ١٢٨١ : فيما يؤكد البعض وجهة النظر العكسية ، تأسيسا على أن مبدأ حرية الاتفاقات يكفي لتبرير مثل هذه العملية القانونية ، شريطة أن يوافق الدائن على هذا الانتقال : انظر : مارتى ورينو بند ٨٠٢ : وانظر أيضا : محكمة ستراسبورج الابتدائية (الاستثنائية) : ١٩٧١/٣/٢٤ (د. ١٩٧٣ — ١٦ وتعليق لارومييه ، ر.ت ١٩٧٢ — ٧٧٧ وتعليق لوسوران) .

الفصل الأول

حوالة الحق

Cession de créance

تعريفها : والغرض منها (١) :

٢٨٣ - حوالة الحق عقد . ينقل الدائن بموجبه . ذات الحق الذي له في مواجهة المدين . الى شخص آخر : حين يسمى الدائن الأصلي بالمحيل . والدائن الجديد المحال له ، والمدين بالمحال عليه .

٢٨٤ - وقد ينقل الدائن حقه لغيره دون مقابل . حين تكون الحوالة بقصد التبرع . فتأخذ حكم الهبة وتخضع لأحكامها (٢) . وقد ينقله بعوض فتأخذ الحوالة حكم البيع . ويقع ذلك حين يقصد الدائن بحق مؤجل . أن يحيل هذا الحق لآخر مقابل الحصول منه على ثمن عاجل . وان كان أقل مما له في مواجهة المدين . وقد يقصد الدائن بالحوالة : أن يفي بها ديناً عليه للمحال له ، فتأخذ الحوالة حكم الوفاء بمقابل .

تقسيم :

نقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة . نعرض في أولها لاعتقاد الحوالة ونخصص الثاني لتنفيذ الحوالة . لنكرس لآثار الحوالة المبحث الثالث .

(١) راجع في تفاصيل الفسائدة العملية من حوالة الحق : جوجيلار

١ دروس مازو (بنسب ١٢٥٦ .

(٢) في هذا المعنى أيضاً : ستارك بنسب ٢٣١٨ .

المبحث الأول انعقاد حوالة الحق

٢٨٥ — تتعقد حوالة الحق بالاتفاق بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) • فلا يشترط أن يكون المدين طرفا فيها • وأساس ذلك أن هذا الأخير — من حيث الأصل — لا يضيرد أن يفى بالمدين لشخص معين أو لآخر (١) •

ويخضع الاتفاق على الحوالة للقواعد العامة في العقد • من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب • واستيفاء كل منها لما يتطلبه القانون من شروط • ويضاف الى ذلك ضرورة توافر الشكل حين تكون الحوالة هبة صريحة للمحال اليه (٢) •

٢٨٦ — والأصل أن الحوالة تجوز في كل الحقوق الشخصية (٣) وذلك بصرف النظر عن محل هذه الحقوق • فقد يكون نقودا أو مثليات ، حقبا مدنيا أو تجاريا • عملا أو امتناعا عن عمل • كذلك لا يهم ما اذا كان الحق عاديا (بسيطا) أو موصوفا (معلقا على شرط أو مضافا لأجل) • كل ما في الأمر أنه يتعين أن يكون الحق محل الحوالة قابلا للحجز عليه (م ٣٠٤ مدنى) •

غير أنه قد يحول دون امكان الحوالة ، طبيعة الحق أو نص القانون • كما قد يتفق المدين مع دائئه على عدم جواز حوالة هذا الحق الى شخص آخر (م ٣٠٣) •

فحيث يكون شخص الدائن محل اعتبار في العقد ، فان طبيعة هذا الحق تتناقى مع امكان حوالتة • كما هو الحال في عقود شركات الأشخاص • وقد يحظر القانون نفسه حوالة الحق لاعتبارات معينة ،

(١) في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣١٩ •
(٢) في هذا المعنى : جوجار بند ١٢٥٩ •
(٣) في هذا المعنى : نص المادة ٢٠٢ مدنى مصرى •

كما هو الحال فيما تقتضى به المادة ٦٣٩ مدنى من عدم امكان نزول المستعير عن استعمال الشيء المعار للغير ولو على سبيل التبرع . دون اذن من المعير . وقد يشترط المدين على دائئه عند التعاقد . عدم تحويل حقه للغير . كأن يحظر المؤجر على المستأجر أن يتنازل عن حقه فى الايجار لغيره .

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة

٢٨٧ — اذا كان يكفى لانعقاد الحوالة . الاتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد ، الا أن نفاذها فى مواجهة المدين يستترم — على الأقل — احاطته علما بها . حتى يتبين شخص الدائن الذى يتعين عليه أن يفى له . والا كان المدين على حق ، أن يعتقد أن شخص الدائن لم يطرأ عليه أى تغيير فاذا أوفى له — رغم حوالة لا يعرف عنها شيئا — كان وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته (١) .

لذلك كان من المفهوم أن يعلق المشرع نفاذ الحوالة فى مواجهة كل من المدين والغير على اعلان المدين بها أو قبوله لها (م ٣٠٥) (٢) .

١ — نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين :

٢٨٨ — تنفذ الحوالة فى مواجهة المدين . اما باعلانه بها أو بقبوله لها . ولا يكفى علمه الفعلى بها ، ما لم يكن متواطئا .

(١) الاعلان :

٢٨٩ — ويقوم به — عادة — الدائن الجديد (المحال له) . اذ هو صاحب المصلحة الأكبر فى نفاذ الحوالة ، ولكن يجوز أيضا أن يتم من جانب الدائن القديم (المحيل) (٣) .

(١) فى هذا المعنى أيضا : كاريونيه بند ١٢٣ ص ٤٥٢ .
(٢) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٦/٢١ المجموعة ٢٩ — ٢٩١ — ١٥١٠ .
(٣) فى هذا المعنى أيضا : جوجلار بند ١٢٦٠ .

ويتم الاعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين . سواء أعلنت خصيصا للمدين بهدف اعلانه رسميا بحصول الحوالة : أو أعلنت لغرض آخر ، وان تضمنت ما يفيد حصول الحوالة . وشروطها الجوهرية (١) .
(كورقة التكليف بالحضور التي يوجبها الدائن الجديد الى المدين لمطالبته بسداد الدين الذي حل فيه محل الدائن القديم) (٢) انما لا يغنى عن الورقة الرسمية أى طريق آخر ولا الكتاب المسجل المصحوب بعلم الوصول (٣) .
(ب) القبول :

٢٩٠ — تنفذ الحوالة — من باب أولى — في مواجهة المدين اذا قبلها ، صراحة كان هذا القبول أو ضمنا . والوضع الطبيعي أن يتم هذا القبول بعد انعقاد الحوالة . اذ يغلب أن يقع الاتفاق عليها في غير وجود المدين . انما ليس هناك ما يمنع أن يتم هذا القبول أثناء الاتفاق على الحوالة بين طرفيها (الدائن القديم والدائن الجديد) . على أن يلاحظ أن المدين بهذا القبول لا يعتبر طرفا في الحوالة . فقبوله لا يعنى أكثر من أنه علم بالحوالة وبشخص دائنه الجديد (٤) ، بما يجعله ملتزما بالوفاء لهذا الأخير في حدود ما كان ملتزما به نحو الدائن الأصلي . ولذلك فإن قبول المدين للحوالة لا يسقط حقه في التمسك — في مواجهة الدائن الجديد — بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها

-
- (١) انظر : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٩٢ .
(٢) انظر : ستارك بند ٢٣٢٤ ، بررور تعليق على حكم استئناف بواييه في ١٠/١٠/١٩٦٧ ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٤٤ . وانظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٢٣ ص ٦٢٩ ؛ نقض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة ٢٩ — ٢٤٧ — ١٢٦١ . وانظر أيضا نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ المجموعة ٢٧ — ٢٢٣ — ١١٧١ . وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية أن يكون هذا التكليف مشتملا على صورة (أو ملخص *extrait*) من الحوالة : يؤكد انتقال الحق الى الدائن الجديد ، انظر : نقض (تجاري) ١٩٦٩/٢/١٨ (د. ١٩٦٩ — ٣٥٤) .
(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصري في هذا المعنى : نقض ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ .
(٤) وانظر — تبعا لذلك — انتقاد بعض الشراح الفرنسيين استخدام لفظة « القبول » في هذا الموضع لعدم دقتها : جوجار بند ١٢٦٠ .
(م ١٥ — موجز الاحكام العامة للالتزام)

في مواجهة الدائن القديم • لا يستثنى من ذلك الا الدفع بالمقاصة اذا كان المدين قد قبل الحوالة دون تحفظ •

انما لا يتصور — على العكس — أن يقع القبول في وقت سابق على الحوالة (كأن يقرر المقرض في سند القرض أنه يرضى مقدما حوالة المقرض حقه لأي شخص آخر) لأن الغرض من اشتراط القبول ليس مجرد اخطار المدين بوقوع الحوالة . وانما أيضا احاطته علما بشخص الدائن الجديد ؛ وهو ما يستلزم أن يكون شخص الدائن الجديد قد تحدد بها (١) •

علم المدين الفعلى بصدور الحوالة ، لا يقوم مقام الاعلان أو القبول :

٢٩١ — انما لا يغنى عن الاعلان الرسمى أو القبول ، على التحديد السابق — العلم الفعلى من جانب المدين بصدور الحوالة ؛ حتى ولو استطاع ذو الشأن أن يقيم الدليل على هذا العلم . بل ولو أقر بهذا العلم المدين نفسه (٢) • « ذلك أن القانون متى رسم طريقا محددًا للعلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق » (٣) • ولا تحتل هذه القاعدة استثناء الا في حالة الغش من جانب هذا المدين : كأن يتواطأ — بعد علمه بصدور الحوالة — مع المحيل ، ويوفيه الدين اضرارا بالدائن الجديد • وغالبا ما يحصل المدين في هذا التواطؤ على منفعة من المحيل ، كأن ينزل له هذا الأخير مثلا عن جزء من الدين • في مثل هذه الحالة ، يقع هذا الوفاء باطلا ، لأن القاعدة أن الغش يفسد كل ما بنى عليه من تصرفات • ويجوز • من ثم ، للدائن الجديد أن يتجاهل هذا الوفاء وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة في مواجهته ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيتعين على المدين أن يفي به له • واذا كان المدين — بهذا الشكل — سيفى

(١) انظر في هذا المعنى ايضا د. اسماعيل غانم بند ١٩٢ •

(٢) انظر في هذا المعنى ايضا نقض مصرى ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ •

(٣) د. السنهورى ج ٣ بند ٢٦٨ ؛ وانظر في نفس المعنى : استئناف باريس ١٩٦٩/١/٨ (د. ١٩٦٩ — ملخص — ٣٧) •

بالمدين مرتين . فلا يصح أن يلومن في ذلك الا نفسه ، وان بقى له أن يرجع على شريكه في الغش (المحيل) بما سبق أن دفعه له . وعلى هذه الأحكام شبه اجماع الفقه في مصر (١) .

وفي فرنسا : يسلم الفقه أيضا بأنه دون اعلان المدين بالحوالة أو قبوله الرسمي لها . طبقا للمادة ١٦٩٠ مدني . فانها لا تنفذ في مواجهته . حتى ولو كان يعلم فعلا بوجودها (٢) . وفي العلاقة بين الدائن الأصلي (المحيل) والمدين ، يطبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ بكل صرامته : فهو لا يقتصر فقط على تأكيد أن عدم اتخاذ أى من اجرائي نفاذ الحوالة لا يمكن أن يضر المدين . الذي يستطيع — من ثم — أن يفى بالمدين لدائنه الأصلي فيقع وفاؤه صحيحا حتى ولو كان يعلم فعلا بوجود الحوالة ، وانما يؤكد أيضا أن عدم اتخاذ أى من هذين الاجراءين يمنع المدين من التمسك بهذه الحوالة : بمعنى أنه لا يستطيع أن يدفع رجوع دائنه الأصلي (المحيل) عليه بأن حقه قد أحيل الى شخص آخر ؛ اذ من حق هذا الدائن (المحيل) . في نظر القضاء الفرنسي : أن يحتج على المدين بعدم نفاذ الحوالة في مواجهته (٣) . أما في العلاقة بين المدين والدائن الجديد (المحال له) : فانه يطبق المبدأ السابق بشيء من المرونة : حيث يجيز — من ناحية — للدائن الجديد مطالبة المدين بالوفاء ، بالرغم من عدم اتخاذ أى من اجرائي نفاذ الحوالة في مواجهته : ما دام أن هذا الوفاء ليس من شأنه الاضرار بالمدين ولا بأحد الأغيار (٤) .

(١) انظر مثلا : د. السنيوري . الاشارة السابقة ، د. سليمان مرقس ١٩٦١ ص ٨٦٣ هامش ٣ : د. انور سلطان بنيد ٣٢٨ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي بنيد ٢٢٨ . د. الصدة بنيد ٩٢ ، د. عبد الوود بحبي بنيد ١٢٢ وانظر عكس ذلك . وكفاية العلم الفعلي . ومن ثم عدم ابراء الوفاء من جانب المدين العالم فعلا بوجود الحوالة ، د. شفيق شحاته حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ١٩٥٤ ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) انظر مثلا : جوجلار (دروس لازو) بنيد ١٢٦٢ ، مارثي وريينو بنيد ٨١٥ .

(٣) انظر مثلا : نقض فرنسي ١٩٣٨/٦/٢٠ د. ١٩٣٩ — ١ — ٢٦ وتعليق فيل) . وراجع فيما يؤخذ على هذا الحل : ستارك بنيد ٢٣٣٢ ، جوجلار بنيد ١٢٦٢ .

(٤) انظر مثلا : نقض فرنسي ١٩٣١/٣/٤ د. ١٩٣٢ — ١ — ٧٣ وتعليق رادوان) : نقض ١٩٦٩/٣/١٨ د. ١٩٦٩ — ملخص — ١٢١ .

كما يبطل ، من ناحية أخرى ، الوفاء الذى يتم من جانب المدين لدائنه الأصلى (المحيل) ولو كان هذا الوفاء سابقا على نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين ، طالما تم بالتواطؤ بينهما لمنع الدائن الجديد (المحال له) من الافادة من الحوالة ، وذلك تأسيسا على مبدأ أن الغش يفسد ما بينى عليه من تصرفات (١) .

٢ - نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير :

٢٩٢ - يقصد بالغير فى هذا الصدد ، من يتأثر حقه بنفاذ الحوالة (٢) . وهم الأشخاص الذين لهم على ذات الحق المحال به ، حقا يتعارض مع الحوالة ، كالمحال لهم بذات الحق المحال به ، ودائنوا المحيل الذين أوقعوا الحجز على حقه فى مواجهة المدين (المحال عليه) تحت يد هذا الأخير . ودائنوا المحيل الذى أشهر اعساره اذا كانت حقوقهم ثابتة فى ذمته قبل شهر الاعسار . فجميع هؤلاء الأغيار ، لا تنفذ الحوالة فى مواجهتهم بدورهم الا باعلان المدين رسميا بها أو بقبوله لها . غير أنه يتعين لنفاذها فى مواجهتهم بقبول المدين ، أن يكون تاريخ هذا القبول ثابتا بوجه رسمى ، (م ٣٠٥) . وذلك درءا لامكان تواطؤ محتمل بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، على تقديم تاريخ الحوالة ، وجعله سابقا على حق هؤلاء الأغيار اضرارا بهم (٣) .

٢ - اجراءات خاصة لنفاذ حوالة بعض الحقوق :

٢٩٣ - قد يشترط المشرع ، لنفاذ الحوالة فى مواجهة طائفة معينة من الأغيار اجراء تكميليا يضاف الى القبول أو الاعلان . ومثال

(١) اشار لذلك : جوجلار بند ١٢٦٢ .
(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٥ (وان كان يعتبر المدين نفسه من قبيل الغير ، حيث أن الحوالة لا تستلزم ، لاتعقدها ، تدخلا من جانبه) .
وانظر فى تعبير أكثر عمومية — وان كان أقل دقة فيما نعتقد : جوجلار بند ١٢٦١ حيث يرى أن المقصود بالغير هو كل من ليس طرفا فى عقد الحوالة ولا خلفا عاما لأحد طرفى هذا العقد . فيما يرى — بالمقابل — د. اسماعيل غانم (بند ١٩٣) أن المقصود بالغير هنا ليس الأجنبى عن عقد الحوالة ، اذ لا شأن لهذا الأجنبى بها ما دام أنه لن يضر منها .
(٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٩ .

ذلك ما تنقضى به المادة ١١ من قانون الشهر العقاري في خصوص حوالة آجرة العقار مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ؛ حين تستوجب ضرورة تسجيل هذه الحوالة حتى تنفذ في مواجهة الغير • لأن حوالة هذا القدر من الأجرة إنما تؤدي في الواقع الى انقاص قيمة العقار • بما يتعين معه أن تتصل بعلم من يريد التعامل بشأن هذا العقار •

وقد ييسر المشرع — على العكس — نفاذ الحوالة في مواجهة الغير • ففي القانون التجاري : تنفذ الحوالة في السندات الاذنية بطريق التظهير • كما ينتقل الحق في السندات لحامله بمجرد المناولة المادية للسند •

المبحث الثالث

آثار الحوالة

٢٩٤ — يترتب على الحوالة من ناحية • انتقال الحق المحال به الى المحال له ، والتزام المحيل بالضمان — من ناحية أخرى — في مواجهة المحال له اذا كانت الحوالة بعوض •

أولا : الأثر النساقل للحوالة :

١ — انتقال ذات الحق ، فور انعقاد الحوالة ، الى المحال اليه :

٢٩٥ — متى انعقدت الحوالة بتراضي طرفيها : انتقل الحق الذي كان للمحيل في مواجهة المدين الى الدائن الجديد (الحال اليه) • والذي ينتقل هو ذات الحق : بنفس طبيعته (مدنيا أو تجاريا) وبذات أوصافه (معلقا على شرط أو مضافا لأجل) ، وببنفس ضماناته شخصية كانت أو عينية ^(١) ، وببنفس توابعه (كالفوائد) ^(٢) ، وما يحميه

(٢٤١) وفي هذا المعنى تنقضى المادة ٣٠٧ مدني بأن : « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » .

أو يؤكده من الدعاوى^(١) (كدعوى الفسخ لعدم التنفيذ) • فإذا أحال الدائن بالثمن ، حقه في مواجهة المدين (المشتري) الى دائن آخر • انتقلت مع هذا الحق دعوى الفسخ الذى تحميه • فإذا لم يف المدين بحق الدائن المحال له « أى بالثمن » كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع ، ليعود المبيع اليه هو لا الى البائع المحيل • كما ينتقل ذات الحق بما يلحقه من دفع • ومن ثم يكون للمدين اذا رجع عليه المحال له أن يتمسك في مواجهته بجميع الدفع التى كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه^(٢،٣) (م ٣١٢) ، وذلك باستثناء الدفع بالمقاصة اذا كانت الحوالة قد نفذت في مواجهته بقبولها دون تحفظ • ويتعين على الدائن المحيل ، وقد ترتب على الحوالة انتقال الحق للمحال له أن يسلم هذا الأخير مستندات الحق وكل ما هو ضرورى لاثباته •

٢٩٦ — وانتقال الحق من المحيل الى المحال له يتم فور انعقاد الحوالة دون نظر الى نفاذها في مواجهة المدين • ويتعين — من ثم — أن يتسق سلوك المحيل مع هذه الحقيقة • فيجب عليه اذا ما أوفاه المدين الذى لا يعلم بالحوالة ، أن يسلم هذا الوفاء للمحال له ، اذ لم يعد له حق فيه • كما يجب عليه أن يمتنع — في الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها — عن أى تصرف يضر بالمحال له ، لما يؤدي اليه من انقاص الحق المحال به أو انقضائه أو زواله ، والا كان مسئولاً بضمان ما صدر منه من أفعال شخصية في مواجهة المحال له ، ولو كانت الحوالة تبرعاً (م ٣١١) •

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى في هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ • كذلك قضت محكمة النقض بأن انتقال الحق المحال به بالنسبة للمحال عليه انها يكون بالحالة التى يكون عليها الحق وقت اعلانه بالحوالة أو قبولها ؛ انظر حكم ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة ٢٩ — ٢٤٧ — ١٢٦١ •

(٢) انظر في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ •

(٣) هذا فضلاً عما للمدين أن يتمسك به ضد المحال له من الدفع المستمدة من عقد الحوالة (م ٣١٢) •

٢٩٧ — غير أن الحوالة قد لا تكون بكل ما للدائن من حق في مواجهة مدينه : وانما بجزء منه فقط ، حين يستبقى الدائن لنفسه الجزء الآخر . فيصبح — من ثم — للمدين دائنان : دائنه الأصلي (بما تبقى من الحق لم تشمله الحوالة) : والدائن الجديد (بالجزء الذى تمت حوالتة) . وفى مثل هذا الفرض لا تكون للدائن الأصلي أية افضلية أو أولوية على المحال له فيما تبقى له من حق في مواجهة مدينه ، وانما يكون كل منهما على قدم المساواة مع الآخر ، بحيث أنه اذا لم تكف ذمة المدين المسالية للوفاء بجزئى الحق معا ، اقتسم الدائنان أموال المدين فيما بينهما قسمة غرماء كل بنسبة حقه (١) .

٢ — تراخى انتقال الحق بالنسبة للمدين الى وقت نفاذ الحوالة :

٢٩٨ — اذا كانت فورية الأثر الناقل للحوالة أمرا مفهوما بين طرفيها : فان المنطقى — على العكس — أن يتراخى هذا الأثر — بالنسبة للمدين : الى حين نفاذ الحوالة في مواجهته . ما دام المفروض فيه ، حتى ذلك الوقت أنه لا علم له بها ، ولا بشخص دائنه الجديد . ومن ثم فحتى هذا النفاذ يتعين الحكم على تصرفه وفق هذه الحقيقة . فاذا أوفى لدائنه القديم كان وفاقا صحيحا مبرئا لذمته . كما أن من حقه أن يدفع رجوع الدائن الجديد عليه ، بكل ما نشأ له من دفع في مواجهة المحيل حتى نفاذ الحوالة في مواجهته (م ٣١٢) . ولو كان سبب هذه الدفع لاحقا على انعقاد الحوالة بين طرفيها (كدفع بالمقاصة لحق نشأ له في مواجهة دائنه المحيل قبل نفاذ الحوالة ، ولو نشأ بعد انعقادها) . أما بعد نفاذ الحوالة فيتعين على المدين أن يفي بالدين للدائن الجديد ، ولا يعد بإمكانه أن يدفع في مواجهته بأى دفع ينشأ له في علاقته بمن كان دائنا له قبل الحوالة .

٢٩٩ — انما رعاية للمصلحة المشروعة للدائن الجديد ، والفرض أن الحق المحال به ينتقل اليه فور الحوالة ، أجاز المشرع لهذا الدائن

(١) انظر في هذا المعنى : جوجار بند ١٢٧٢ ، ستارك بند ٢٣٣٧ .

ولو قبل نفاذ الحوالة أن يتخذ من الاجراءات في مواجهة المدين ما يقتضيه المحافظة على الحق الذي انتقل اليه (م ٣٠٦) . كما أنه درءا لتواطؤ محتمل بين الدائن القديم والمدين . في فترة ما قبل نفاذ الحوالة . للاضرار بالمحال له . سبق أن رأينا أنه لا ينفذ في حق المحال له . ما قام به المدين — قبل نفاذ الحوالة — من وفاء بالمدين لدائنه القديم رغم علمه الفعلي بالحوالة . فالوفاء في هذه الحالة كان عن غش ، والغش — كما يقال — يفسد كل شيء .

٣ — لا يسرى الأثر الناقل للحوالة في مواجهة الغير الا من وقت نفاذ الحوالة في مواجهتهم :

• • ٣٠ — سبق أن ذكرنا أن الغير في هذا الخصوص هم من لهم على ذات الحق المحال به من الحقوق ما يتعارض مع الحوالة . ورعاية مصلحة هؤلاء الأغنياء تقتضى حتما عدم الاحتجاج عليهم بالأثر الناقل للحوالة الا منذ نفاذ هذه الأخيرة في مواجهتهم ، باعلان المدين رسميا بها أو بقبوله الثابت التاريخ لها . وفي ضوء هذا التحديد يسهل استنباط الحلول في كل الفروض التي يتصور فيها التعارض بين حق أحد الأغنياء وحق المحال له ، وذلك على النحو التالي :

(١) النزاع بين محال لهم متعددين :

٣٠١ — قد يحيل الدائن ذات حقه في مواجهة المدين الى عدة أشخاص على التعاقب . فنكون بصدد محال لهم متعددين ، يتنازع كل منهم على الحق المحال به . وعندئذ تكون المفاضلة بينهم على أساس أسبقية نفاذ الحوالات المتعددة (م ٣١٣) . فمن كانت حوالة منهم قد نفذت في مواجهة المدين قبل غيرها ، كان صاحبها مفضلا عن عداه ، وذلك دون نظر لتواريخ انعقاد الحوالات . فتنظر الحوالة الأسبق في النفاذ مفضلة على غيرها ولو سبقتها في الانعقاد حوالات أخرى .

(ب) النزاع بين المحال له ودائني المحيل الذي أشهر اعساره :

٣٠٢ — اذا تعارض حق المحال له مع حقوق الدائنين الذين أشهروا اعسار المحيل فان الفيصل هو مدى أسبقية كل من نفاذ الحوالة أو شهر

الاعسار • على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هي بتاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار وليس بتاريخ الحكم الصادر فيها • فإذا كانت الحوالة قد نفذت قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، خلص الحق المحال به للمحال له • وأما في الحالة العكسية فلا يحتج بالحوالة في مواجهة هؤلاء الدائنين • بحيث يظل الحق المحال به في ضمانهم العام •

(ج) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز :

٣٠٣ — لا يتصور هذا التنازع إذا كان الدائن قد أوقع الحجز على الحق المحال به بعد نفاذ الحوالة • إذ يكون الحجز نفسه قد وقع على ما ليس مملوكا للمدين (المحيل) ومن ثم يكون باطلا • أما على العكس إذا كان الدائن الحاجز قد سبق الى توقيع الحجز على الحق المحال به قبل نفاذ الحوالة • فإن الحجز يكون صحيحا بحسبان وقوعه على ما يزال مملوكا للمحيل • ومن ثم لا يكون بإمكان المحال له أن يحتج في مواجهة الدائن الحاجز بالحوالة اللاحقة على الحجز : إذ يعتبر الحاجز غيرا بشأنها • لكن • لما كان من المسلم به ، أن سبق توقيع الحجز على المال من جانب أحد الدائنين لا يحول دون توقيع حجز لاحقة عليه من جانب دائنين آخرين ، وكان المحال له في مركز الدائن بالمحال به في مواجهة المحيل ، فقد عامل المشرع هذه الحوالة — في مواجهة الحاجز — معاملة حجز آخر • (م ٣١٤ / ١) ، بما يجعل من حق المحال له أن يقتسم الدين المحجوز مع الدائن الحاجز كل بنسبة حقه •

(د) الحوالة بين حجزين :

٣٠٤ — وقد تقع الحوالة بين حجزين • حجز سابق على نفاذها وحجز لاحق على هذا النفاذ • فيتنازع على الحق المحال به كل من الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني •

وللوهلة الأولى ، من الممكن القول بأن الحاجز الثاني لا يحق له أن يزاحم الى جانب الحاجز الأول والمحال له في التنازع على الحق

المحال به ، فقد وقع حجزه لاحقا على نفاذ الحوالة ، فورد بهذا الشكل على ما ليس مملوكا للمحيل ، بما يجعل منه حجزا باطلا . غير أنه لا يصح أن ننسى أنه لولا الحوالة التي توسطت بين الحجزين لما كان هناك من أفضلية للحاجز الأول على الحاجز الثانى . كما أن سبق الحجز الأول على نفاذ الحوالة سوف يؤدي الى مزاحمة الحاجز الأول للمحال له ، بما قد يؤدي في النهاية الى عدم حصول المحال له الا على نسبة من المحال به . وبهذا الشكل يكون توسط الحوالة بين الحجزين . قد فصل الحاجز الأول على الثانى دون مبرر . ولم يضمن للمحال له حصوله على كامل حقه المحال به .

لذلك فقد قدم المشرع لهذه المشكلة حلا معقولا . يوفق الى حد كبير بين جميع المصالح المتعارضة . حين قضى بأن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة الغرماء » على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » . (م ٣١٤ / ٢) مثال : اذا كان للمحيل ٦٠٠ جنيه ، حول منها ٣٠٠ جنيه ، وقبل نفاذ الحوالة أوقع دائن للمحيل حجزا على ما لهذا الأخير . استيفاء لدين قدره ٥٠٠ جنيه وبعد نفاذ الحوالة أوقع دائن آخر للمحيل حجزا استيفاء لدين قدره ٤٠٠ جنيه . عندئذ يقسم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه بين الثلاثة : الحاجز الأول : والمحال له والحاجز الثانى ، قسمة غرماء بنسبة حق كل منهم ، أى بنسبة ٥ : ٣ : ٤ . فيكون نصيب الحاجز الأول ٢٥٠ جنيه ، ويكون نصيب المحال له ١٥٠ جنيه . ويكون نصيب الحاجز الثانى ٢٠٠ جنيه . ثم يؤخذ من نصيب الحاجز الثانى ما يستكمل به المحال له قيمة حوالتة (وهى ٢٠٠ جنيه) فيكون التوزيع النهائى ٢٥٠ جنيه للحاجز الأول ، ٢٠٠ جنيه للمحال له : ١٥٠ جنيه للحاجز الثانى . بهذا الشكل ، يكون المحال له قد حصل على كامل حقه . ويكون الحاجز الثانى قد حصل على قدر معقول من الحق رغم تأخر حجزه على الحوالة ، ولا يكون للحاجز الأول أن يتذمر من شيء ، فلا أفضلية له على الحاجز الثانى ، والحوالة اللاحقة على حجزه تعتبر هى الأخرى

بمثابة حجز آخر فيكون لكل من المحال له والحاجز الثانى مزاحمته
فى التوزيع .

فانيا : التزام المحيل بالضمان :

٣٠٥ — سبق أن أشرنا الى أن المحيل يلتزم دائما بضمان أفعاله
الشخصية حتى ولو كانت الحوالة تبرعا . بل حتى ولو كان قد اشترط
على المحال له عدم الضمان ^(١) . (م ٣١١) .

فإذا أتى المحيل بما يستوجب هذا الضمان ، كان للمحال له أن
يرجع عليه وفقا للقواعد العامة بالتعويض الذى يشمل ما لحقه من
خسارة وما فاتته من كسب .

أما فيما عدا الأفعال الشخصية فان الضمان يقتصر على الحوالة
بعوض دون الحوالة المجانية . وأساس ذلك أن المحيل فى النوع الثانى
من الحوالة لا يعدو أن يكون متبرعا . فلا يسوغ الزامه بضمان تبرعه .
وعلى ذلك فلا يجوز للمحال له — وقد تلقى الحوالة دون مقابل —
أن يرجع على المحيل بالضمان حتى لعدم وجود الحق المحال به وقت
الحوالة (م ٣٠٨ / ٢) . أما اذا كانت الحوالة بمقابل ، كان من الضرورى
الزام المحيل بالضمان .

٣٠٦ — وقد وضع المشرع لضمان المحيل حدودا ، ترك
للطرفين حرية تعديلها بتخفيض الضمان أو بتشديده ، وان كان المبلغ
انذى يمكن للمحال له أن يرجع به على المحيل لن يتجاوز فى كل الأحوال
قدرا محددًا ، وذلك على التفصيل التالى :

(١) فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٧٥ ، مارتى ورينو بند ٨١٤ ،
وانظر أيضا : استئناف اميان ١٨/١٠/١٩٥٦ (ج.ب ١٩٥٦-٢-٢٥٢) .

(١) الضمان القانونى :

٣٠٧ — لا يضمن المحيل للمحال له — عند عدم الاتفاق —
الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ٣٠٨) • وهو أمر مفهوم •
فالمحيل بعوض يعتبر — فى الواقع — فى مركز البائع : فاذا كان الحق
الذى يحيله قد نشأ على نحو صحيح ولا يزال موجودا وقت الحوالة •
فلا يمكن بعد ذلك أن يضمن ما يطرأ على هذا الحق مما يؤدي الى
سقوطه بسبب لا يرجع اليه هو • انما يمتد هذا الضمان ليشمل توابع
الحق • فيضمن المحيل وجودها بدورها وقت الحوالة • وعند هذا الحد
يتوقف ضمان المحيل ، وهو أمر عادل • ولا يتصور — عند عدم وجود
اتفاق مخالف — أن نلزم المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين
(م ٣٠٩) • وهو أمر كان الدائن لا يضمنه أساسا لنفسه •

(ب) الضمان الاتفاقى :

٣٠٨ — للطرفين أن يخرجوا على أحكام الضمان القانونى •
اما بتخفيفه ، فيعفى المحال له المحيل من ضمان توابع الحق مثلا ،
أو حتى من ضمان وجود الحق نفسه (وهو أمر متصور فى الحوالات
التي تنطوى على معنى المضاربة وهى الحوالات بحقوق متنازع فيها) :
واما بتشديده ، حين يتعهد المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين •
وعندئذ يتعين تفسير مثل هذا الاتفاق على أنه يقتصر على ضمان يسار
المدين وقت الحوالة • ولا يمكن مده الى ضمان يسار المدين وقت حلول
أجل الدين الا اذا اتفق على ذلك صراحة (م ٣٠٩ / ٢) •

حدود ما يرجع به المحال له عند تحقق الضمان :

٣٠٩ — اذا تعين ضمان المحيل (سواء كان الطرفان قد تركا
حدود هذا الضمان لأحكام القانون • أم نظاما تنظيميا مخالفا) فان
أقصى ما يلتزم به — وفقا للمادة ٣١٠ — هو أن يرد للمحال له ما تقاضاه
منه من مقابل للحوالة ، مضافا اليه الفوائد والمصاريف • ولا يجوز

— والنص متعلق بالنظام العام — الزام المحيل بأن يدفع للمحال له قيمة الحق المحال به ان كانت أكثر من ذلك . ويجد هذا التحديد حكمته . في أنه لولاه لسهل على المرابين أن يستغلوا حاجة أصحاب الحقوق المتنازع فيها الى المال . غيرضونهم بمبالغ أقل منها في مقابل جمالة هذه الحقوق لهم . وهم في مأمن ان لم يحصلوا عليها من المحال عليهم فسيكون لهم الرجوع بها كاملة على المحيلين . فيكون الفرق في الحقيقة ليس الا غوائد ربوية .

الفصل الثاني

حوالة الدين (١)

Cession de dette

تعريف ، وتقسيم :

٣١٠ - حوالة الدين هي اتفاق الدائن أو المدين ، مع شخص آخر . على الحلول محل المدين في ذات الدين . ومن هذا التعريف يتضح أن حوالة الدين تنعقد بطريقتين مختلفتين : اما باتفاق المدين الجديد مع الدائن (م ٣٢١) . أو باتفاقه مع المدين القديم (م ٣١٥) . وينعكس الاختلاف في طريقتي الانعقاد على أحكام الحوالة وما ترتبه من آثار . ومن ثم نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين حسب طريقة انعقاد الحوالة ، بادئين بحوالة الدين بالاتفاق مع المدين الأصلي بحسبانها - في ذهن المشرع - الطريقة الطبيعية لحوالة الدين .

المبحث الأول

حوالة الدين باتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد

شروط انعقادها :

٣١١ - تنعقد حوالة الدين - في هذه الصورة - باتفاق المدين القديم مع المحال عليه ؛ على أن يتحمل ذات الدين بدلا منه . وهو ما يفتتض ضرورة اتجاه ارادة المتعاقدين - بالحوالة - الى ابراء المدين القديم من الدين . ولما كانت حوالة الدين عقدا ؛ وجب أن تكون مستوفية لجميع أركان العقد وشروط صحته . حين لا يعتبر

(١) راجع ، في هذا الموضوع ، بوجه خاص : د. عبد الودود يحيى ، حوالة الدين . دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري ، رسالة القاهرة ١٩٥٧ طبعة ١٩٦٠ ، محمد عباس السامرائي : انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، رسالة جامعة الأزهر (كلية الشريعة والقانون) ١٩٧٦ .

رضاء الدائن بهذه الحوالة ركنا لانعقادها : وان كان هذا الرضاء
— على ما سنرى — لازما حتما لنهاذ الحوالة فى مواجهته .

آثار حوالة الدين :

٣١٢ — ترتب حوالة الدين . فى الفترة ما قبل تحديد الدائن
موقفه منها : آثارا تختلف عنها فى الفترة ما بعد هذا التحديد ، وذلك
على التفصيل التالى :

اولا : آثار الحوالة فى الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها :

٣١٣ — بدهى أنه يظل من حق الدائن . فى هذه الفترة أن
يعتبر شخص مدينه الأصلى كما هو . لم يطرأ عليه أى تغيير رغم
الحوالة : وأن يرجع — بالتالى — على هذا المدين عند حلول أجل الدين .

أما فى العلاقة بين المدين الأصلى والمدين الجديد ، فقد انعقدت
الحوالة بالفعل بمجرد تراضيهما المتبادل . وتتحدد آثارها فى مواجهتهما
وفق ما اتفقا عليه فى العقد . بل ويظل من حقهما خلال هذه الفترة
التعديل فى هذا الاتفاق أو حتى أن يلغياه كلية .

٣١٤ — ومن حيث الأصل ، يترتب على انعقاد الحوالة بين
طرفيها فى هذه الفترة التزام المحال عليه قبل المدين الأصلى « بالوفاء
للدائن فى الوقت المناسب » (م ٣١٧) . أو بتعبير آخر ، وقت حلول
الدين . فهو لا يكون ملتزما بأن يبرىء ذمة مدينه فى مواجهه دائنه
« فور الوقت » أى فور انعقاد الحوالة .

وبدهى : أنه — تطبيقا لفكرة الدفع بعدم التنفيذ « لا يجوز
للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن : ما دام هو لم يقم
بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (٢/٣١٧) .

فاذا كانت الحوالة بين طرفيها تنفيذا من جانب المحال عليه لالتزام
كان عليه فى مواجهه المدين الأصلى : انقضى هذا الالتزام ؛ اذ تؤدى

الحوالة فور انعقادها . دور الوفاء ، بحيث اذا رجع الدائن على مدينه الأصلى فأوفاه هذا الأخير رغم الحوالة لم يكن للمدين الأصلى — فى رجوعه على المحال عليه — الا أن يرجع بدعوى الاثراء . دون الدعوى التى كانت تحمى علاقته القانونية بالمحال عليه قبل الحوالة ؛ فالقرض أن هذه الأخيرة قد قضت على هذه العلاقة . ومثال ذلك أن يبيع المدين شيئاً الى مشتري ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن ، يتفق معه على أن يحل محله فى دين هذا البائع فى مواجهة دائن له . عندئذ اذا رجع الدائن على البائع وأوفاه بالمدين رغم الحوالة ، لم يكن من حق هذا الأخير أن يرجع على المحال عليه (المشتري) بدعوى البائع . وانما بدعوى الاثراء .

٣١٥ — ولما كانت الحوالة قبل تحديد الدائن موقفه منها . ملكاً لطرفيها : كان لهما أن يتفقا على آثار تخالف ما ورد عليه نص المادة ٣١٧/١ . فقد يتفقا على الزام المحال عليه بالحصول على رضا الدائن بالحوالة وقد يعلقا آثار الحوالة بينهما على اقرار الدائن لهما .

ثانيا : آثار الحوالة فيما بعد تحديد الدائن موقفه منها :

٣١٦ — يتحدد موقف الدائن من الحوالة ، اما باقراره لهما أو برفضه إياها :

(١) فى حالة الاقرار :

* ضرورة الاقرار وشروطه :

٣١٧ — اذا كانت الحوالة تنعقد باتفاق طرفيها ، على التحديد السابق الا أنها بداهة لا يمكن أن تنفذ فى مواجهة الدائن الا باقراره لهما (م ٣١٦)^(١) . وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . وأساس هذا الفارق غنى عن البيان ما دام أن تغيير المدين على دائننه من

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة
السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة ٢٩ — ٢٠٤ —
١٠٣١ .

الخطورة . لما بين المدينين من تفاوت في اليسار . وفي جنس القضاء والمطل (١) . حين أنه قد لا يكون بذى شأن للمدين في حوالة الحق أن يفى بدينه لهذا الدائن أوذاك . وبدعى أن يكون للدائن حرية قبول الحوالة أو رفضها . وقد حذف من المشروع التمهيدى — ولا اعتبارات عملية — نص كان بموجبه لا يجوز للدائن أن يرغب الاقرار اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء والا كان متعسفا في استعمال حقه .

٣١٨ — والاقرار تصرف قانونى من جانب الدائن يفيد موافقته على الحوالة وقبول نفاذ آثارها في حقه . ولا يستلزم فيه القانون شكلا معيناً . فقد يكون صريحا أو ضمنيا . وهو حق للدائن بمجرد علمه بالحوالة من أى طريق : ولو لم يكن قد أعلن بها . حيث لا يستلزم القانون هذا الاعلان . وهو يوجه الى أى من طرفى الحوالة ، بصرف النظر عن شخص من أعلن الدائن بها .

غير أنه يتعين أن يقر الدائن الحوالة جملة أو يرفضها . أما الاقرار المشروط : أو الذى يتضمن تعديلا في شروط الحوالة وفق ما أعلنت به الى الدائن . فانه يعتبر رفضا لها .

ولما كانت للدائن حرية القبول في أى وقت . وكانت مصلحة طرفى الحوالة قد تقتضى — على العكس — التعجيل بتحديد الدائن موقفه منها في بعض الفروض : فقد أجاز المشرع لأى من طرفى الحوالة أن يعلن الدائن بها وأن يعين له أجلا معقولا ليقرر الحوالة . فإذا « انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » م ٣١٦ — ٢ (ومع ذلك راجع الاستثناء المقرر بالمادة

(١) وتعبيرا عن هذا المعنى يقول جوجلار (بند ١٢٧٧) :

« La créance vaut ce que vaut le débiteur » .

وانظر — بوجه عام — في خطورة حوالة الدين : تعليق لاروميه

د . ١٩٧٣ — ١ — ١٦ ، سابق الإشارة اليه .

(م ١٦ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

٣٢٢ — ٢ لحالة بيع العقار المرهون حين يتفق البائع مع المشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن . فاذا أعلن الدائن رسميا بهذه الحوالة وجب عليه أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا) .

*** آثار الاقرار :**

٣١٩ — اذا أقر الدائن الحوالة ، ترتبت على اقراره عدة آثار :
في علاقته بكل من المدين الأصلي والمدين الجديد . كما يؤثر أيضا في العلاقة بين المدين القديم والجديد . وذلك على التفصيل التالي :

١ — أثر الاقرار في العلاقة بين الدائن والمدين القديم :

٣٢٠ — يتلخص هذا الأثر في : براءة ذمة المدين الأصلي من ناحية : والتزامه بضمان يسار المحال عليه من ناحية أخرى ، وبقاء التأمينات التي كان قد قدمها كضمان للمدين .

*** براءة ذمة المدين :**

٣٢١ — ان أبرز الآثار التي تترتب على اقرار الدائن للحوالة هو براءة ذمة المدين الأصلي من الدين : براءة نهائية ، حيث يحل المدين الجديد في الدين محل المدين الأصلي . حتى اذا ما رجع الدائن على المحال عليه فوجده عند حلول أجل الوفاء معسرا ، لم يعد من حقه أن يرجع مرة أخرى على المدين القديم الذي برئت ذمته .

هذه البراءة تتم بقوة القانون دون حاجة الى أن يصرح الدائن في اقراره بأنه قصد بقبوله الحوالة أن يتخلى عن مدينه الأصلي . كما أنها ترجع الى التاريخ الذي انعقدت فيه الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد ، لا الى وقت اقرار الدائن للحوالة . فمئذ هذا التاريخ يعتبر المدين الجديد هو الملتزم بالمدين وحده في مواجهة الدائن .

*** ضمان اليسار :**

٣٢٢ — وكان مؤدى براءة ذمة المدين الأصلي من الدين باقراً الدائن للحوالة وبأثر رجعى منذ تاريخ انعقاد هذه الحوالة بين المدين القديم والجديد ، ألا يضمن المدين الأصلي للدائن يسار المحال عليه . لا وقت الحوالة ولا وقت الاقرار ولا وقت الوفاء . خاصة وأن الدائن كان حراً فى قبوله الحوالة أو رفضها . وكان له كما يشاء — أن يقدر مدى يسار المحال عليه . ليقرر بعد ذلك ما اذا كان قبول الحوالة مناسباً أم لا .

غير أنه يبدو أن المشرع كان لا يزال متأثراً بما كان يتضمنه المشروع التمهيدى من اجبار الدائن على اقرار الحوالة متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء . فقد كانت ضرورة حماية الدائن المجرى على قبول الاقرار ، تبرر الزام المدين الأصلي بضمان يسار من اختاره ليحل محله فى الوفاء للدائن . أما وقد حذف هذا الاجبار : وأصبح الدائن حراً فى قبول الحوالة أو رفضها . فان الزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه . انما يتنافى مع الأثر المبرىء للحوالة . متى قبلها الدائن . ومع ذلك فقد قضت المادة ٣١٩ بأنه « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه مؤسراً وقت اقرار الدائن للحوالة . ما لم يتفق على غير ذلك » .

وهكذا يمكن القول . بأن المشرع — بهذا النص — قد عطل الأثر المبرىء للحوالة أو جعله موقوفاً على يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن . ذلك أنه اذا ثبت أن المحال عليه لم يكن مؤسراً وقت الاقرار : كان للدائن رغم قبوله الحوالة : أن يرجع على المدين الأصلي .

*** بقاء القادينات :**

٣٢٣ — تنص المادة ٣١٨ — ١ بأنه « تبقى للدين المحال به ضماناته » . وهذا النص ليس إلا اعمالاً لجودر حوالة الدين بحساباتها

اتفاقا يتغير بموجبه شخص المدين : ليحل محله مدين جديد في ذات الدين بكل ضماناته .

ومتى كان ذلك : فان الرهن المقدم من المدين الأصلي كضمان للدين انما يبقى بعد اقرار الدائن للحوالة . ليصبح المدين الذى برئت ذمته بموجب هذا الاقرار في مركز الكفيل العيني للدين الذى انتقل الى المحال عليه .

أما الكفلاء (شخصية كانت الكفالة أو عينية) الذين ضمنوا شخص المدين الأصلي : فانهم لا يلتزمون — بداهة — اذا أقر الدائن الحوالة فحل بهذا الشكل مدين جديد محل من ضمنوه . بكفالة هذا المدين الجديد اللهم الا اذا قبلوا ذلك . وقد حرص المشرع على ابراز هذا المعنى صراحة كاستثناء على فكرة بقاء ضمانات الدين المحال ، حين نصت الفقرة الثانية من نفس نص المادة ٣١٨ على أنه « ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة » .

٢ — اثر الاقرار في العلاقة بين الدائن والمدين الجديد :

٣٢٤ — يترتب على اقرار الدائن للحوالة أن يحل المدين الجديد محل المدين القديم في الدين ، ويتحمنه بدلا منه . ليس من وقت الاقرار وانما من وقت ابرام الحوالة ، فتلك هي التكملة المنطقية لبراءة ذمة المدين الأصلي باقرار الدائن للحوالة .

ويحل المدين الجديد في الدين ، بحالة التي كان عليها وقت الحوالة بنفس طبيعته وأوصافه وتوابعه . وقد سبق أن ذكرنا أن الحوالة لا تؤثر من حيث الأصل — على الضمانات التي كانت تضمن الدين الأصلي . وبناء عليه : فاذا كان الضمان الذى يضمن الدين في أصله هو رهن قدمه نفس المحال عليه قبل الحوالة ، فان قبوله تحمل الدين بدلا من المدين بناء على الحوالة . يفيد بالضرورة رضاه ببقاء ما سبق

أن قدمه من تأمين وذلك دون حاجة الى اصدار رضاء جديد بذلك • فقد قبل منذ البداية أن يضمن بهذا الرهن دين غيره • فأولى به أن يضمن بذات الرهن دين نفسه •

٣٢٥ — أما أهم ما يترتب على اقرار الدائن للحوالة فهو أحقية المدين الجديد في التمسك بالعديد من الدفعوع في مواجهة الدائن • ويمكن تقسيم هذه الدفعوع الى ثلاث مجموعات على النحو التالي :

*** دفعوع المدين الاصلى :**

٣٥٦ — يستطيع المدين الجديد — أولاً — أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفعوع التى تولدت عن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين الاصلى (م ٣٢٠) منذ نشأة هذه العلاقة وحتى وقت انعقاد الحوالة : والتى كان المدين الاصلى سيتمسك بها لو لم تتم الحوالة ، ما دامت هذه الدفعوع متعلقة بالمدين المحال به ، لا بشخص هذا المدين (١) • فله • أن يدفع في مواجهته بكل ما كان ليبرر للمدين الاصلى رفض الوفاء بالمدين : (كأنقضاء هذا الأخير بالتقادم ، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبى ، أو بعدم تنفيذ الدائن نفسه لما هو ملتزم به نحو المدين الاصلى) • انما لا يستطيع المحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بانقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق هذا الدائن لمدينه الاصلى ، لعدم امكان وقوع هذه المقاصة بانتفاء التقابل بين الدينين ، ما دام أن حوالة الدين سوف يترتب عليها براءة ذمة المدين الاصلى • هذا فضلاً عن أن القول بالعكس سوف يجعل المحال عليه يبرأ من التزامه في مواجهة الدائن على حساب المدين الاصلى • ذلك أن ذمة هذا الأخير لم تبرأ في مواجهة الدائن الا بمقابل الحوالة : فليس من العدل اذن أن نسقط ما نشأ له بعد ذلك من حق في مواجهة الدائن الاصلى • انما يمكن للمحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بمقاصة تقع بين حق الدائن ودين نشأ على عاتق هذا الأخير للمحال عليه نفسه •

(١) انظر في هذا المعنى د. عبد المنعم البدر اوى بند ٢٩٧ •

كذلك لا يستطيع المحال عليه . أن يتمسك في مواجهة الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي . ولا بالعيوب التي شابت رضائه في علاقته القانونية بالدائن ، متى كان المدين وقت إبرام الحوالة مع المحال عليه قد اكتملت أهليته . أو أصبح على بينة بما كان يشوب رضائه من عيب . ذلك لأن أقدامه على إبرام الحوالة ، رغم علمه بأن من حقه إبطال العلاقة التي ولدت الدين بينه وبين الدائن ، يتضمن معنى النزول الضمنى من جانبه عن حقه في الإبطال .

*** الدفع المستمدة من عقد الحوالة :**

٣٢٧ — كذلك يستطيع المحال عليه ، أن يدفع في مواجهة الدائن بالدفع المستمد من نفس عقد الحوالة (م ٣٢٠)^(١) .

لذا كان هذا العقد — على سبيل المثال — قابلاً للإبطال لمصلحة المحال عليه ، ثم تمسك هذا الأخير في مواجهة المدين الأصلي بالإبطال وأبطل العقد ، كان للمحال عليه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بأن عقد الحوالة قد تقرر إبطاله .

ويبدو من عمومية نص المادة ٣٢٠ التي تقضى بأحقية المحال عليه في « التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » ، أن المدين الجديد يستطيع — حتى ولو لم يكن قد طلب تقرير البطلان المقرر لمصلحته في علاقته بالمدين الأصلي — أن يدفع في مواجهة الدائن بما يشوب العقد من عيوب ، حتى ولو كان الدائن لم يتصل بهذه العيوب^(٢) ، حين يرى البعض من الشراح — على العكس — أن مؤدى اعتبار الدائن — بإقراره — قد اشترك في الحوالة التي تمت بين المدين الأصلي

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٧٢ ص ٨٧١ .

(٢) وهذا هو ما يفهم أيضاً من تعبيرات الفقه ، العامة ، في هذا الشأن : انظر مثلاً : د. السنهوري ج ٣ بند ٣٣٦ ، د. سليمان مرقس بند ٨١٢ ، د. أنور سلطان بند ٣٥١ ، د. إسماعيل غانم بند ٢٠٨ ، د. عيد الفتاح عبد الباقي بند ٢٤٥ ، د. عبد المنعم فرج الصدة بند ١٢٩ ، د. شمس الدين الوكيل ص ٢٧٧ ، د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٤٤ ، د. جميل الشرقاوى بند ٨٢ .

والمدين الجديد . ضرورة أن يكون الدائن قد اتصل بما يشوب العقد من عيب والا وجب على المدين الجديد أن يطلب تقرير البطلان أولاً في مواجهة المدين الأصلي ثم يدفع بالحكم الصادر به في مواجهة الدائن (١) .

ويبقى أن ننوه في هذا الصدد الى أنه اذا كان عقد الحوالة باطلاً بطلاناً مطلقاً بين طرفيه فإن الدائن لا يمكنه — ابتداءً — أن يقر هذه الحوالة اقراراً يجعلها نافذة في حق المحال عليه .

*** الدفع المستمدة من العلاقة السابقة التي كانت تربط المدين الأصلي بالمدين الجديد :**

٣٢٨ — الأصل أن المدين الجديد . لا يمكنه أن يتمسك — في مواجهة الدائن — بالدفع التي تستمد من علاقة سابقة كانت تربط بينه وبين المدين القديم قبل الحوالة اذ لا شأن للدائن بهذه العلاقة السابقة التي يظل — حتى مع اقراره للحوالة أجنبياً عنها .

انما اذا كانت هذه العلاقة السابقة هي سبب ابرام الحوالة بين المدين القديم والمدين الجديد : وكان الدائن يعلم بذلك ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك في مواجهة الدائن بما ينشأ عن هذه العلاقة من دفع . ومثال ذلك : أن يبيع المدين شيئاً لمشتري ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن يحيل عليه دينه في مواجهة الدائن . عندئذ يكون عقد البيع هو سبب حوالة الدين . فاذا كان الدائن يعلم بذلك ثم فسخ هذا البيع لاخلال البائع بالتزامه ، كان للمحال عليه (المشتري) أن يتمسك بهذا الفسخ في مواجهة الدائن اذا رجع عليه ؛ اذ من شأن هذا الفسخ اهدار سبب التزام المحال عليه بالوفاء بالمدين للدائن .

٣ — اثر الاقرار في العلاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد :

٣٢٩ — ملخص ما يترتب على اقرار الدائن في العلاقة بين طرفي الحوالة : هو براءة ذمة المدين الأصلي ، وتحمل المحال عليه بالمدين

(١) انظر في هذا المعنى : د. عبد الوود يحيى بند ١٤٢ .

بدلاً منه . وذلك من وقت إبرام الحوالة . كما أنه — منذ الاقرار — لا يعد بإمكان طرفي الحوالة — وقد تعلق بها حق الدائن — أن يعدلا عنها . إنما يجوز للمحال عليه . إذا كان عقد الحوالة باطلاً أو قابلاً للإبطال أن يطلب تقرير ذلك في مواجهة المدين الأصلي . وقد سبق أن بينا أثر كل من بطلان هذه العلاقة أو إبطالها على حق الدائن .

(ب) في حالة رفض الحوالة :

٣٣٠ — بعد حذف ما كان قد ورد النص عليه في المشروع التمهيدى من عدم جواز رفض الدائن للحوالة ، متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء ، أصبح من حق هذا الأخير أن يرفض الحوالة دون قيد ولا شرط .

٣٣١ — ولا يعدو الرفض — كالاقرار — أن يكون بدوره تصرفاً قانونياً تنتج به إرادة الدائن الى عدم قبول آثار الحوالة . وهو يرتب أثراً نهائياً ، فلا يجوز بعده للدائن أن يعود الى اقرار الحوالة من جديد .

ولا يشترط القانون شكلاً معيناً لهذا الرفض ، الذى يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً . وقد يستفاد من سكوت الدائن حتى فوات المدة التى حددها له طرفاً الحوالة ليعلن خلالها رأيه فيها . كما قد يكون الرفض حكماً إذا صدر اقرار الدائن للحوالة مشروطاً أو مصحوباً بتعديل فى شروطها على ما سبق أن بيناه .

٣٣٢ — ويترتب على الرفض فى علاقة المدين الأصلي بدائنه ، أن تعتبر الحوالة كأن لم تكن فى مواجهة هذا الأخير الذى لا يمكنه — لذات السبب — أن يرجع على المحال عليه . حين أنه — بالمقابلة — لا أثر لهذا الرفض على عقد الحوالة الذى تم بين المدين الأصلي والمدين الجديد . فيبقى هذا الأخير — رغم الرفض — ملتزماً فى مواجهة المدين الأصلي بأن يفي للدائن فى الوقت المناسب .

المبحث الثاني

حوالة الدين باتفاق الدائن مع المدين الجديد

شروط انعقاد الحوالة :

٣٣٣ — يمكن — بموجب المادة ٣٣١ مدنى — أن تنعقد حوالة الدين بالاتفاق مباشرة بين الدائن والمدين الجديد الذى يقبل أن يتحمل الدين عن المدين القديم وذلك دون حاجة الى مشاركة المدين القديم فيها . بل انها يمكن أن تتم رغم ارادته ^(١) ، حيث أنها فى الواقع تتمحضر لمنفعته وذلك لما تؤدى اليه من براء ذمته من الالتزام ، وحيث يجيز القانون — من ناحية أخرى — الوفاء بالدين من جانب الغير رغم معارضة المدين . كل ما فى الأمر . أنه يلزم أن تكون نية الطرفين قد اتجهت الى ابراء ذمة المدين القديم بحيث يكون الدائن قد قصد التخلي عن مدينه القديم . ويكون المدين الجديد قد قصد اخلاء ذمة هذا الأخير ^(٢) .

آثار هذه الحوالة :

٣٣٤ — يترتب على حوالة الدين — بهذه الصورة — براءة ذمة المدين الأصلي من وقت ابرام الحوالة . براءة نهائية بحيث لا يملك طرفا الحوالة اعادة دين المدين الى الحياة مرة أخرى ولو ألغيا الحوالة أو رجعا فيها .

وكان مقتضى ذلك . أن يزول الرهن الذى يكون المدين الأصلي قد قدمه ضمانا للدين ببراءة ذمة هذا المدين بموجب الحوالة . ومع

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز أن تنعقد هذه الحوالة باتفاق ضمنى بين الدائن والمحال عليه . وأكدت أن استخلاص قيام هذا الاتفاق هو من سلطة محكمة الموضوع انظر حكم ١٩٧٦/٥/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٢٧ ص ١٢٤٠ .

ذلك فان عمومية نص المادة ٣١٨ التى تقضى ببقاء التأمينات التى كانت تضمن الدين تؤدى الى القول ببقاء المدين الاصلى هنا كفيلا عينيا للمدين الجديد ، فيضمن الدين بهذا الشكل رغم ارادته .

٣٣٥ — أما فى العلاقة بين الدائن ومدينه الجديد ، فان هذا الأخير يصبح مسؤولا عن الدين فى مواجهة الأول منذ ابرام الحوالة . ويعتبر قبول المدين الجديد لهذه الحوالة ، موافقة ضمنية على بقاء التأمينات التى يكون قد قدمها لضمان الدين قبل الحوالة . كما يكون من حق المدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفعوع التى كان يمكن للمدين الاصلى أن يتمسك بها ، بما فى ذلك الدفعوع التى تستند الى نقص أهلية المدين الاصلى أو عيوب رضائه . كما أن له — بداهة — أن يتمسك بالعيوب التى تشوب عقد الحوالة فى علاقته بالدائن . أما الدفعوع التى تستند الى العلاقة السابقة التى كانت تربط المدين الاصلى بالمدين الجديد فان هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الدائن ، الذى يظل رغم الحوالة أجنبيا عنها .

٣٣٦ — ويبقى فى النهاية أن نشير الى أن المدين الاصلى فى هذه الصورة من صور الحوالة ، لا يلتزم بضمان يسار المحال عليه . فهو لم يختره وانما اختاره الدائن ، الذى يتعين أن يتحمل مخاطر اختياره .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيد :

اسباب انقضاء الالتزام :

٣٣٧ — لعل من أهم ما يتميز به الالتزام (أو الحق الشخصي) ، أن الرابطة القانونية التي ينشأ عنها مصيرها الحتمى الى الزوال ، اذ لا يعقل أن يظل كاهل المدين مثقلا بعبء الالتزام الى ما لا نهاية ، والا كان فى ذلك مصادرة لحريته الشخصية بما يجعل من الالتزام نفسه أمرا غير مشروع . لذلك كان من المفهوم أن يهتم المشرع بتفصيل أسباب انقضاء الالتزام . هذه الأسباب يمكن تصنيفها فى ثلاث طوائف :

فقد ينقضى الالتزام بالطريق الطبيعى . حين يقوم المدين بتنفيذ التزامه عينا . وهذا ما يسمى بالوفاء . وقد ينقضى الالتزام بطريق آخر يقوم مقام الطريق الطبيعى : أو بعبارة أخرى ، بما يقوم مقام الوفاء : كالوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة . وقد ينقضى على نحو غير طبيعى : حين لا يحصل الدائن على أى وفاء ، كما فى حالة الإبراء ، أو استحالة التنفيذ ، أو التقادم المسقط .

تقسيم :

وهكذا نوزع الدراسة فى هذا الباب على ثلاثة فصول : نخصص الأول منها لانقضاء الالتزام بالوفاء . لنجعل الثانى لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : على حين نكرس الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به .

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء (Le Paiement)

تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه :

٣٣٨ - الوفاء هو تأدية المدين لذات ما التزم به : أيا كان محل هذا الالتزام . وهو في الواقع الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام . ما دام أن الدائن يحصل من مدينه على ذات ما كان ينتظره منه بموجب الرابطة القانونية التي ولدت هذا الالتزام .

٣٣٩ - والرأي الغالب في الفقه أن الوفاء تصرف قانوني . ينعقد بإرادتي الموفي والدائن . أو هو بعبارة أخرى اتفاق على تنفيذ الالتزام يكون - أي هذا الاتفاق - مصحوبا بعمل مادي يقتضيه هذا التنفيذ^(١) : كتسليم شيء مثلا أو أداء عمل أو امتناع عن عمل . وقد رأى فيه الدكتور السنهوري . تبعا لذلك . « واقعة مختلطة »^(٢) . حيث « يجمع بين التنفيذ المادي للالتزام وبين الاتفاق على قضاء

(١) من هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٥٥٣ : كاربونيه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ ، كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٨١ . ج - شيفالييه : بيدان ولاجارد : ج - مارتان دي لاموت إشار اليهم مارتى ورينو ص ٦٠٠ هامش ٢ ،

PIERRARD (Marie — Jeanne) : Les Procédés de Preuve du Paiement. Rev. trim. 1948 P. 429 et S, Spéc. No 18 et. S.

وفي الفقه المصري : د. السنهوري ج ٢ بند ٣٥٧ ، د. أبو ستيت بند ٧٤٥ (وهو يحلل مضمون ارادة الدائن - في توافق الارادتين على الوفاء - في قصد اعفاء المدين من الالتزام بعد ان يتحقق - أي الدائن - من توافق سائر الشروط في الموفي به . والحقيقة أنه عندما تتوافر هذه الشروط فان اعفاء المدين من الالتزام يترتب بقوة القانون ، أو بعبارة أخرى بناء على ارادة المشرع وليس على ارادة الدائن) .

وانظر - مع ذلك - الملاحظات الانتقادية على هذا الاتجاه : ل -

LOUSSOUARN : La condition de l'erreur du Solvens dans la répétition de l'indu. Rev. trim. 1949 P. 212 et S. No 9.

(٢) في هذا المعنى أيضا : كاربونيه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ .

الدين » وان غلب الاتفاق (أى التصرف القانونى) فيه : بما مكنه ، من ثم : أن ينعته « بالتصرف العينى acte juridique réel » (١) .

وعلى العكس من هذا الاتجاه : يرى البعض فى الوفاء « مجرد تنفيذ للالتزام سابق عليه . ومتى كان تام المطابقة له يتعذر أن يستلزم التراضى لوقوعه . اذ لا يمكن للدائن رفضه . وما دام لا يمكنه رفضه يصبح رضاؤه به عدم الأثر قانونا فلا تتوقف عليه صحته » (٢) .

ولم يشأ جانب ثالث من الشراح أن يعطوا للوفاء تكييفا قانونيا واحدا ، حيث يختلف هذا التكييف — عندهم — باختلاف الأحوال .

وعمد هذا الاختلاف — عند بعض أنصار هذا الاتجاه ، هو مضمون محل الالتزام الواجب الوفاء به : فإذا كان هذا المحل يتمثل فى القيام بعمل مady أو امتناع عن عمل : كان الوفاء به مجرد عمل مady أيضا : ايجابى أو سلبى . أما اذا كان هذا المحل يتمثل فى اعطاء شىء : أى نقل حق عينى على شىء : انطوى الوفاء — الى جانب الواقعة المادية — على تصرف قانونى يستلزم رضا الموفى والدائن بنقل هذا الحق العينى من الأول للثانى (٣) . فيما أن عمد هذا الاختلاف عند البعض الآخر هو ما اذا كان الدائن قد قبل الوفاء الذى عرضه عليه المدين أو رفضه مما اضطر هذا الأخير الى الايداع ، حين يكون الوفاء تصرفا قانونيا . يأخذ صورة العقد فى الحالة الأولى وصورة الارادة المنفردة (ارادة المدين) فى الحالة الثانية (٤) .

(١) د. السنهورى ج ٢ بند ٣٥٧ . وراجع فى تفاصيل هذا الراى : البنود من ٢٥٨ — ٣٦٢ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٤٨ : وفى نفس المعنى :

CATALA (Nicole) : La nature juridique du Payement. Thèse Paris 1960 éd. 1961.

(٣) من هذا الاتجاه : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨١٤ .

د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٢٤٩ .

(٤) من هذا الاتجاه : د. عبد المنعم فرج الصدة بند ١٤١ .

د. عبد الودود يحيى بند ٤٠٧ .

ونعتقد من جانبنا : أن الوفاء تصرف قانوني : ما دام يتمثل في ارادة تتجه الى ترتيب أثر قانوني : هي ارادة الموفي الذي يقصد بالوفاء القضاء على التزام سابق . لكننا لا نرى في هذا التصرف القانوني ما يأخذ صورة الاتفاق بين الموفي والدائن : خصوصا اذا كان الالتزام الذي يراد الوفاء به قد نشأ عن عقد . اذ من غير المنطقي — في اعتقادنا — أن ينشأ الالتزام بعقد . ثم يحتاج الوفاء به الى عقد آخر ، حين أن الأثر الوحيد للالتزام الذي نشأ هو وجوب تنفيذه . هذا الى جانب ما هو مسلم به من امكان أن يفى المدين رغما عن الدائن من طريق اجراءات العرض والايداع كما سنرى .

وهكذا، نفضل أن نرى في الوفاء تصرفا قانونيا انفراديا (١) . أو هو بعبارة أخرى ارادة منفردة من جانب الموفي ، تأخذ — في تنفيذها — مظهر العمل المادي . وفضلا عن ضرورة استيفاء هذه الارادة لجميع أركان وشروط صحة التصرف القانوني بوجه عام ، يلزم — حتى ترتب الأثر الذي تتجه اليه وهو — كما قلنا — القضاء على الالتزام : أن تكون تامة المطابقة له . حين لا يعدو تسلم الدائن ما يقدمه له الموفي وفاء لهذا الالتزام وعدم اعتراضه عليه : أن يكون قرينة على توافر هذا الشرط الخاص : أو بعبارة أخرى قرينة على توافر هذه المطابقة ومن ثم على صحة الوفاء . فإذا ادعى الدائن عكس ذلك وقع عليه هو عبء إثبات عدم صحة هذا الوفاء (٢) .

٣٤٠ — هذا وقد يقع الوفاء بسيطا ، حين يتم من جانب المدين نفسه أو من نائبه . فينقضي حق الدائن وتبرأ في ذات الوقت ذمة المدين . غير أن حق الدائن قد ينقضي بالوفاء مع بقاء ذمة المدين مشغولة بالدين ، وذلك حين يتم الوفاء من جانب شخص آخر غير

(١) في هذا المعنى ايضا : ج — اندريولى ، اشار اليه مارتى ورينو ص ٦٠٠ هامش ١ ، دي باج . اشار اليه د . أبو ستيت ص ٥٦٦ هامش ١ ، وقرب د . عبد المنعم البهراوى بند ٣٠١ .

(٢) ويأخذ بهذا التحديد ايضا بيدان ولاجارد (وان كانا يرون في الوفاء اتفاقا) اشار اليهما د . السنهوري ج ٣ ص ٦٣٦ هامش ٢ .

المدين ، هذا الشخص الذى يرجع بعد ذلك بما أوفى على هذا المدين .
حالا محل الدائن • فلا يعتبر من ثم مثل هذا الوفاء وفاء بسيطاً .
ما دام أنه لا يخلى ذمة المدين • ويسمى هذا النوع من الوفاء •
بالوفاء مع الحلول .

تقسيم :

ونوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين : نعرض فى أولهما
للأحكام العامة للوفاء ، لنخصص الثانى للوفاء مع الحلول •

المبحث الأول

الأحكام العامة للوفاء

تقسيم :

نتناول فى هذا المبحث الوفاء من حيث : طرفيه ، ومحلله ،
وظروفه • ونخصص لكل من هذه المسائل مطلباً مستقلاً •

المطلب الأول

طرفا الوفاء

٣٤١ — طرفا الوفاء هما الموفى والموفى له :

أولا : الموفى :

(١) الوفاء من جانب المدين أو الغير :

٣٤٢ — الأصل أن يكون الموفى هو المدين باعتباره صاحب
المصلحة الأولى فى إخلاء ذمته مما يثقلها من التزام • وهو يقوم بهذا
الوفاء : إما بشخصه أو عن طريق وكيله • فإذا كان ناقص الأهلية أمكن
أن يتم الوفاء عن طريق من ينوب عنه قانوناً ، كالولى أو الوصى •

٣٤٣ — غير أن هذا الأصل لا يمنع من إمكان أن يتم الوفاء
فى بعض الأحيان من جانب شخص غير المدين ما دامت له مصلحة
(م ١٧ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

في سداد هذا الدين • كما في حالة ما اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين (كالمدين المتضامن) ، أو ملزما بوفائه عنه (كالكفيل) • بل يتصور أيضا أن يقع الوفاء من الغير ولو لم تكن له مصلحة فيه (كالفضولى) •

(ب) شروط صحة الوفاء :

٣٤٤ — على أنه يشترط في الموفى ، أيا كان شخصه ، أن يكون أهلا للتصرف في الشيء محل الوفاء • وأهلية التصرف — كما هو معروف — تقتضى سن الرشد • فإذا وقع الوفاء من ناقص الأهلية كان قابلا للإبطال لمصلحته ما دام قد لحقه ضرر منه • والغالب — حين يكون الموفى هو المدين نفسه — ألا يجد مصلحته في إبطال الوفاء ما دام يترتب على هذا الأخير إسقاط التزامه • انما يتصور — في بعض الأحيان — أن يلحق الموفى ضرر من الوفاء • كما لو أوفى بدين مؤجل لمصلحته ، أو بشيء من صنف جيد حين أنه لم يلتزم إلا بشيء من صنف متوسط • ففي هذه الأحوال ، يمكنه أن يتمسك بإبطال الوفاء •

كما يشترط — من ناحية أخرى — أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى يفى به والا وقع الوفاء قابلا للإبطال قياسا على حكم بيع ملك الغير • ويجد هذا الشرط تبريره في أن الوفاء يترتب عليه نقل ملكية الشيء الى الدائن وهو ما يستحيل اذا كان الموفى غير مالك ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه • وفي هذا المعنى تقضى المادة ٣٣٠ بأنه :

« ١ — يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به وأن يكون الموفى ذا أهلية للتصرف فيه •

٢ — ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف

فيه ينقضى به الالتزام اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » (١) .

(ج) مدى حق الدائن فى عدم قبول الوفاء من الغير :

٣٤٥ — لكن اذا كان للمدين أو غيره أن يقوم بالوفاء : فهل يجبر الدائن على قبول الوفاء من جانب الغير فى كل الحالات ؟

بدهى أن من حق الدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن يكون تنفيذه من جانب المدين شخصيا (م ٢٠٨) أما فى غير ذلك من الأحوال : فاذا تم الوفاء من جانب الغير الذى له مصلحة فيه فانه — رعاية لهذه المصلحة — يتعين على الدائن أن يقبله حتى ولو اعترض المدين على هذا الوفاء . أما اذا تم من أجنبى لا مصلحة له فيه ، فقد أجاز المشرع للدائن أن يرفض هذا الوفاء « اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » م ٣٢٣/٢ . فالأمر اذن جوازى للدائن فى هذا الفرض الأخير (٢) : فقد يقبل هذا الوفاء رغم اعتراض المدين عليه : بل الغالب أنه سيقبله ما دام أن المدين لم يقيم بنفسه بعرض الوفاء على الدائن .

(١) فضلا عن هذه الشروط يلزم — فى حالة الوفاء بالدين من جانب الغير — وحتى يبرىء مثل هذا الوفاء ذمة المدين فى مواجهة الدائن — أن تكون ارادة الموفى قد اتجهت الى الوفاء بدين هذا الغير . « أما اذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه ، فلا يعتبر وفاء لدين غيره ، بل وفاء لدين غير مستحق ، فيجوز للموفى المطالبة باسترداده ، اعمالا لقاعدة دفع غير المستحق » . انظر نقض مصرى ١٩٨٠/١/٢٨ المجموعة السنة ٣١ ص ٣١٢ رقم ٦٣ .

(٢) أما فى فرنسا ، فان المسألة ٢/١٢٣٦ مدنى تجيز أن يتم الوفاء من جانب الغير الذى ليست له مصلحة فيه ، حين يكون الدائن مجبرا على قبول هذا الوفاء ، ما دام أن الالتزام غير متعلق بشخص المدين . انظر فى هذا المعنى أيضا : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٧ ؛ ستارك بند ٢٣٨٢ . وقد قضى فى فرنسا بأن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من جانب الغير ، الا اذا أثبت ضررا يعود عليه . ن ذلك . انظر مثلا : نقض ١٩٥٣/٥/٢٩ (د . ١٩٥٣ — ٥١٦) ؛ محكمة السين المدنية ١٩٤٨/١/١٩ (د . ١٩٤٨ — ١ — ١٩٣٦) .

ويبدو أن المشرع قد قصد بالنص السابق ، أن يدرأ عن نفس المدين منة التفضل عليه من جانب الموفى غير ذى المصلحة في الوفاء . فأعطاه فرصة الاعتراض عليه حتى يتسنى له السداد بنفسه . وإن كان المشرع لم يمتص في هذا الطريق الى نهايته ، ففضل مصلحة الدائن في اقتضاء الحق على هذه الاعتبارات الأدبية في جانب المدين ، والا لكان قد ألزم الدائن عندئذ بعدم قبول هذا الوفاء .

(د) رجوع الموفى على المدين :

٣٤٦ — إذا لم يكن الغير الذي أوفى عن المدين قد قصد التبرع له بما أوفاه ، كان من حقه أن يرجع بما أوفى على هذا المدين .

ويتأسس هذا الرجوع : اما على فكرة الفضالة حين يكون الوفاء بغير علم المدين ، أو على فكرة الوكالة اذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله ، أو على فكرة الاثراء بلا سبب حين يتم الوفاء بالرغم من اعتراض المدين .

فاذا أوفى الغير للدائن دون علم المدين أو رغم معارضته تحمل هو مخاطر هذا الوفاء ، اذ لن يكون بإمكانه أن يرجع على المدين — سواء تأسس رجوعه على فكرة الفضالة أو الاثراء — الا بمقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء . وعليه يمكن للمدين أن يدفع دعوى الرجوع بجميع الدفعات التي كان يمكنه أن يديها في علاقته بالدائن ، كبطلان العلاقة القانونية التي ولدت الالتزام أو انقضاء هذا الأخير كله أو بعضه لأي سبب من أسباب الانقضاء . وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٢٤ بأنه :

« ١ — اذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢ — ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير ارادته أن .

يمنع رجوع الموفى بما وجاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء .

ثانياً : الموفى له :

(١) الوفاء للدائن :

٣٤٧ — الأصل أن يكون الوفاء للدائن . ويقصد بهذا الأخير من تثبت له صفة الدائنية وقت الوفاء . سواء كان هو نفس الشخص الذي ارتبط مع المدين في العلاقة التي ولدت الالتزام أو شخص آخر خلف الدائن الأصلي خلافة عامة (كالوارث) أو خلافة خاصة (كالمحال له) .

غير أنه يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهلية . فإذا كان من يستحق الوفاء ناقص الأهلية وجب على الموفى أن يفي لنائبه القانوني . فإن أوفى للقاصر ، وقع الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحة هذا الأخير . فإذا كانت قد عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وقع صحيحاً بقدر هذه المنفعة .

غير أن الدائن قد ينيب عنه من يستوفى الدين ، فيقع الوفاء للنائب صحيحاً مبرئاً لذمة المدين . وقد جعل المشرع من التقدم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة على وجود هذه النيابة بين الدائن وبين من يتقدم بهذه المخالصة فيقع الوفاء لهذا الأخير صحيحاً . إلا إذا كان قد صار الاتفاق بين الدائن والمدين مسبقاً على استبعاد هذه القرينة حين يكون الدائن قد اشترط على مدينه أن يتم الوفاء له شخصياً .

(ب) الوفاء للغير :

٣٤٨ — فإذا وقع الوفاء لغير الدائن أو نائبه كان غير مبرئاً لذمة المدين الذي يتعين عليه عندئذ أن يعيد الوفاء مرة أخرى .

ومع ذلك يكون الوفاء للغير صحيحاً مبرئاً لذمة المدين في الحالات الاستثنائية التالية :

١ — اذا أقر الدائن هذا الوفاء م ٣٣٣ (١) ، اذ بهذا الاقرار يأخذ الموفى له صفة النائب عن الدائن وذلك بأثر رجعى من يوم الوفاء (٢) ، وعندئذ يتعين عليه أن يقدم حسابا للدائن شأنه في ذلك شأن الوكيل ، الا اذا كان الدائن قد قصد بهذا الاقرار أن يتبرع للموفى له بقيمة ما استوفاه .

٢ — اذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء للغير وبقدر هذه المنفعة (م ٣٣٣) (٣) كما لو أوفى المدين لدائن الدائن (٤) .

٣ — اذا تم الوفاء بحسن نية لحائز الدين ، أو بعبارة أخرى للدائن الظاهر (م ٣٣٣) (٥) . وهذا الأخير هو شخص غير دائن حقيقة ولكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي : (كالوارث الظاهر (٦) ، أو المحال له الحق بحوالة أبطلت (٧) أو فسخت) . ورعاية لحسن نية الموفى ، الذى يعتقد مع الكافة أن من تلقى الوفاء هو الدائن الحقيقي ، يقع هذا الوفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين (٨) .

(١) في هذا المعنى ايضا نص المادة ١٢٣٩/٢ مدنى فرنسى .
(٢) بما يمكن معه القول بأن هذا الفرض لا يعتبر — بدقة — استثناء على القاعدة السابقة . انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٣ .

(٣) في هذا المعنى ايضا نص المادة ١٢٣٩/٢ مدنى فرنسى .
(٤) ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على فكرة الاثراء بلا سبب ، في معنى أنه لو كان للدائن في هذه الحالة أن يطالب المدين بالوفاء ، رغم أن دينه هو في مواجهة دائنه قد انقضى بوفاء المدين لهذا الأخير ، فإن الدائن في هذه الحالة يكون قد أثرى على حساب مدينه بلا سبب . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٣ .

(٥) في هذا المعنى ايضا نص المادة ١٢٤٠ مدنى فرنسى .
(٦) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : استئناف كولمار في ١٨/١/١٨٥٠ (د . ١٨٥١ — ٢ — ١٦١) ؛ استئناف روان ١٠/٨/١٨٧٠ (د . ١٨٧٢ — ٥ — ٤٩) وتعليق لابييه .

(٧) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٨٤٧/١/٤ (د . ١٨٤٧ — ١ — ١٣٠) .

(٨) ومسألة مدى توافر حسن النية لدى الموفى هي من المسائل التى يستقل بتقديرها قاض الموضوع . انظر في هذا المعنى : نقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/١/٢٧ (د . ١٨٦٢ — ١ — ٢٢٥) .

ويكون للدائن الحقيقي أن يرجع على الدائن الظاهر (١) : طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية باعتباره مخطئا في استيفاء الدين : خطأ ترتب عليه ضرر للدائن حيث برئت ذمة المدين : اذا كان الدائن الظاهر سيء النية يعلم أنه لا حق له في استيفاء الدين : أو بقواعد الاثراء على حساب الغير اذا كان الدائن الظاهر حسن النية .

٣٤٩ — على أن جواز الوفاء للغير في بعض الحالات يقابله على النقيض حالة يمتنع فيها على المدين أن يفى بالدين للدائن . وذلك حين يوقع دائن هذا الدائن حجزا على ما لهذا الأخير من دين لدى المدين (وهو ما يسمى بحجز ما للمدين لدى الغير) . اذ يترتب على هذا الحجز حبس المال المحجوز تحت يد المدين (المحجوز لديه) لمصلحة الدائن الحاجز ، فاذا حكم بصحة الحجز تعين الوفاء بهذا المبلغ للدائن الحاجز .

(ج) امتناع الدائن عن قبول الوفاء (العرض الحقيقي والايداع) (٢) :

٣٥٠ — ليس من المستبعد أن يتقدم المدين بالوفاء للدائن ، فيرفض هذا الأخير قبول الوفاء ، اما دون مبرر تعنتا منه . أو لخلاف بينه وبين المدين حول ما يجب الوفاء به . وقد يستلزم الوفاء ضرورة القيام بأعمال معينة يجب أن يشارك الدائن فيها ، فيمتنع عن هذه المشاركة . وقد يعلن الدائن — ابتداء — أنه لن يقبل الوفاء حين يتقدم به المدين .

وقد كفل المشرع للمدين امكانية التغلب على ممانعة الدائن في مثل هذه الأحوال ، حين خوله الحق في أن يفى بارادته وحده ، متبعا طريقا يقال له طريق : العرض والايداع . (المواد من ٣٣٤ —

(١) في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٨٥ .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٦/١/١٩٧٥ المجموعة السنة ٢٦ ص ١٨٧ رقم ٤٤ ؛ ونقض ١٠/١٢/١٩٧٥ المجموعة السنة ٢٦ ص ١٦٠٦ رقم ٣٠١ .

٣٤٠ (١) غير أنه قد تقابل المدين المستعد للوفاء صعوبات من نوع آخر ، كما لو كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه • أو كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء • أو يكون الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص • ولما كانت هذه الصعوبات قد يتعذر معها أو يستحيل ، قيام المدين ببعض مراحل الطريق سابق الذكر ، فإن الظاهر من نص المادة ٣٣٨ أن المشرع قد أجاز للمدين أن يقوم بالإيداع مباشرة وهو آخر مراحل هذا الطريق • تلك المراحل التي يمكن تلخيصها على النحو التالي :

١ - الاعذار :

٣٥١ - إذا مانع الدائن في قبول الوفاء كان للمدين بموجب المادة ٣٣٤ ، كإجراء أول ، أن يسجل عليه هذه الممانعة أو هذا الرفض بإعلان رسمي على يد محضر فيكون بذلك قد تم اعذاره •

ويترتب على هذا الاعذار ، وفقا للمادة ٣٣٥ أن يتحمل الدائن « تبعة هلاك الشيء أو تلفه » ، إذا كانت قبل هذا الاعذار على عاتق المدين (كأن يرفض المشتري تسلم المبيع ، فيعذره البائع بالتسليم ، فتنتقل تبعة الهلاك الى المشتري) ، وأن يقف « سريان الفوائد » اتفاقية كانت أم قانونية ، وأن يصبح « للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن » ، وهي المرحلة التالية من مراحل العرض الحقيقي والإيداع • وأخيرا أن يطالب الدائن « بتعويض ما أصابه من ضرر » •

(١) ويتقابل هذه المواد في فرنسا : المواد من ١٢٥٧ — ١٢٦٤ مدني • وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٧٢/٢/١٦ (د. ١٩٧٢ — ٦٣٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٨/١/١٧ (ج. ب ١٩٣٨ — ١ — ٥٤٢ ؛ وقد جاء فيه أن الحق في الوفاء بهذا الطريق يثبت للموفا سواء كان هو المدين أم لا) . وراجع في تفاصيل نظام العرض الحقيقي والإيداع في القانون الفرنسي : كاربونيه الصفحات من ٤٧٢ — ٤٧٣ بنسب ١٢٩ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير البنود من ٢٩٨ — ٣٠١ ؛ جوسران البنود من ٨٦٦ — ٨٦٩ •

٢ — العرض الحقيقى :

٣٥٢ — بعد الاعذار ينتقل المدين الى المرحلة الثانية وهى مرحلة العرض الحقيقى • وقد نظم قانون المرافعات اجراءات هذه المرحلة حين فرقت المادة ٤٨٧ منه بين ما اذا كان محل الالتزام مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه (كالنقود) حين يكون عرضها عن طريق تسليمها للمحضر الذى يقوم بعرضها عرضا فعليا على الدائن فى موطنه ، وبين ما لا يمكن تسليمه من الأعيان بهذا الشكل ؛ حين يكون عرضه بمجرد تكليف الدائن — على يد محضر — بتسلمه • فاذا رغب الدائن العرض ، أثبت المحضر ذلك فى محضر العرض أو فى ورقة التكليف ، وكان للمدين أن ينتقل الى المرحلة التالية •

٣ — الايداع :

٣٥٣ — لا محل لهذه المرحلة اذا قبل الدائن العرض • فعندئذ يثبت المحضر ذلك القبول فى محضره ، ويسلمه المعروض • فيكون الوفاء قد تم • على أن يلتزم الدائن بمصروفات هذا العرض •

أما اذا رفض ، فلا يكون أمام المدين الا سلوك مرحلة الايداع ، وهى مرحلة تختلف طريقتها باختلاف محل الالتزام • فاذا كان المعروض نقودا « قام المحضر بايداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لكتابة المحضر (محضر العرض) على الأكثر • وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه » م ١/٤٨٨ مرافعات • أما اذا كان المعروض « شيئا غير النقود » وكان « مما يمكن نقله » جاز للمدين « أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ، المترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى » • فاذا كان — على العكس — من غير النقود ولا يمكن نقله لأنه من الأشياء المعدة للبقاء حيث وجدت ، جاز للمدين « أن يطلب وضعه تحت الحراسة » م ٢/٤٨٨ مرافعات •

غير أن المعروض قد يكون من الأشياء « التي يسرع اليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في ايداعها أو حراستها » • عندئذ أجاز المشرع المدني للمدين أن يبيع هذه الأشياء « بالمزاد العلني » بعد استئذان القضاء : « وأن يودع الثمن خزانة المحكمة » م ١/٣٣٧ مدني إلا إذا كان الشيء « له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف » م ٢/٣٣٧ مدني •

٤ — الحكم بصحة العرض والاياداع :

٣٥٤ — تجيز المادة ٤٩١ مرافعات ، للدائن أن يقبل العرض الذي سبق له رفضه وأن « يتسلم ما أودع على ذمته » طالما أن المدين لم يكن قد رجع في عرضه ، وهو حق له ما دام لم يصدر بعد حكم بصحة العرض أو قبوله من جانب الدائن ، وعندئذ تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن من وقت العرض لا الايداع • أما إذا استمر الدائن في رفضه كانت آخر مرحلة في هذا الصدد هي اللجوء الى القضاء لاستصدار حكم بشأن مدى صحة العرض والاياداع ، إذ قد ينازع الدائن في صحة العرض فيطلب الى القضاء الحكم ببطلانه ، وقد لا ينتظر المدين نفسه منازعة الدائن فييادر هو الى طلب الحكم بصحة العرض (١) • فإذا حكم نهائياً بصحة العرض برئت ذمة المدين وضم شركائه في الدين وضم الضامنين له من وقت العرض لا من وقت الايداع •

ويبقى — في النهاية — أن نشير الى أن بإمكان المدين أن يرجع في عرضه طالما لم يكن الدائن قد قبله أو صدر حكم نهائي بصحته ، وعندئذ يعتبر العرض كأن لم يكن • فتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين ، وكذلك ذمم شركائه فيه ، وضم الضامنين له • ويتحمل هو بمصروفات العرض (م ١/٢٤٠) • أما إذا أراد المدين أن يرجع في العرض

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لا يمنع من صحة الايداع أن يكون معلقاً على شرط يحل للمدين فرضه » ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٣٢٨ رقم ٢٥٩ •

« بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشرعاء في الدين وذمة الضامين » م ١٢٤٠ / ١ .

المطلب الثاني

محل الوفاء

٣٥٥ — يتعين على المدين من ناحية أن يفي للدائن بذات الشيء المستحق ، ومن ناحية أخرى أن يفي به كله .

حق الدائن في الحصول على ذات ما التزم به المدين :

٣٥٦ — يجب على المدين أن يفي للدائن بذات الشيء المستحق أصلاً . ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره « ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى » م ٣٤١ مدني (١) .

فإذا كان محل الالتزام نقوداً ، تعين الوفاء به نقداً ، ويحق للدائن أن يرفض الوفاء بشيء آخر ولو كان أكبر قيمة . بل إن له أن يرفض استيفاء حقه النقدي عن طريق الشيكات (٢) أو الأوراق التجارية الأخرى . إنما لا يلتزم المدين إلا بقدر عدد النقود « المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر » م ١٣٤ مدني (٣) .

وإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات فلا يجبر الدائن على قبول غيره . فإذا كان معيناً بالنوع تعين الوفاء به على الوجه الذي اتفق عليه المتعاقدان . فإن كانا لم يتفقا « على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من الظروف أو من

(١) ويقابلها في فرنسا المادة ١٢٤٣ مدني .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن وفاء الدين بطريق الشيك هو وفاء معلق على شرط التحصيل ، حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ . المجموعة السنة ٢٧ ص ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

(٣) ويقابلها في فرنسا المادة ١٨٩٥ مدني .

أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط «
م ٢/١٣٣ •

أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل ، وقد « نص الاتفاق ،
أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن
أن يرفض الوفاء من غير المدين » م ٢٠٨ •

حق الدائن في رفض الوفاء الجزئي :

٣٥٧ - ويتمين على المدين أيضاً أن يفي للدائن بكل الشيء
المستحق • فلا يمكن جبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه
(م ٣٤٢) ^(١) حتى ولو كان التزام المدين (أى حق الدائن) مما يمكن
بطبيعته أن ينقسم ^(٢) • ويمتد مبدأ عدم تجزئة الوفاء الى فوائد
الدين ، فإذا كانت هذه الأخيرة قد استحققت ، شكلت هي وأصل
الدين وحد واحدة ، بحيث لا يمكن جبر الدائن على قبول تجزئة الوفاء
واستيفاء أحدها دون الآخر •

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء تقبل في الواقع استثناءات متعددة:
فيجوز — من ناحية — وهي لا تعدو أن تكون قاعدة مقررة — أن
يستبعد تطبيقها بالاتفاق ، الذي قد يقع صريحا حين يتفق الطرفان
في العقد (وهو أمر شائع) على امكان الوفاء على أجزاء أو على أقساط
دورية • أو يقع ضمناً حين يعرض المدين — بالفعل — وفاء جزئياً
لدينه فيقبله الدائن منه •

كما أنه يجوز للقاضي بموجب المادة ٣٤٦/٢ أن ينظر المدين الى
آجال معقولة ينفذ فيها التزامه • وعندئذ سوف يقع الوفاء على أجزاء •

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القاعدة : استئناف
كولمار ١٤/١٠/١٩٥٥ (ج.ب ١٩٥٦ — ١ — ٦٦) • وتطبق هذه
القاعدة — من باب أولى إذا كان الوفاء الجزئي قد تم من جانب الغير ،
أنظر : نقض فرنسي ٢٤/١/١٩١٣ (د. ١٩١٧ — ١ — ٣٨) • وانظر
في مبررات هذه القاعدة : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٨٧ •
(٢) في هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ٢٣٨٩ •

هذا الى أن بإمكان المدين اذا أصبح دائئاً للدائن بمبلغ أقل مما هو ملتزم به نحوه أن يتمسك بالمقاصة ، فينقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، لتبقى ذمة المدين مشغولة بالجزء الباقي من الدين • ويكون الدائن قد أجبر بطريق غير مباشر على قبول وفاء جزئى لحقه •

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست في الحقيقة مقررة لصالح الدائن وحده . اذ للمدين — بدوره — مصلحة في أن يفي الدين كاملاً حتى تبرأ ذمته نهائياً • ولذلك يجوز له ، اذا كان الدائن قد أراد استيفاء بعض حقه ، أن يصر على ايفائه كاملاً • اللهم الا اذا كان الدين « متنازعا في جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به : فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » م ٣٤٢/٢ •

دفع مبلغ من حساب ديون متعددة (تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات) :

٣٥٨ — ان نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء ينحصر في الدين الواحد • فاذا كان في ذمة المدين — على العكس — عدة ديون لدائنه : فان كل دين منها يستقل عن الآخر وتطبق بشأنه وحده قاعدة عدم التجزئة • ليظل من حق المدين أن يفي أى منها كاملاً فلا يكون للدائن أن يرفض هذا الوفاء بمقولة أنه وفاء جزئى لمجموع ما في ذمة المدين من ديون •

غير أن تعدد الديون في ذمة المدين ، يثير مشكلة من نوع آخر : اذا كانت هذه الديون جميعها لدائن واحد ، ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين غير كاف لوفائها كلها ، بما يثور معه التساؤل عن تحديد الديون التي يتعين أن يخصم منها ما دفعه المدين • وهذه هي مسألة تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات •

وقد حسمت هذه المسألة المادتان ٣٤٤ ، ٣٤٥ مدنى (١) حين

(١) ويقابل هاتين المادتين ، في فرنسا ، نص المواد من ١٢٥٣ — ١٢٥٦ من المجموعة المدنية ، وان كان التنظيم القضائى لهذه المسألة في القانون الفرنسى يختلف الى حد ما عن تنظيم القانون المصرى لها . راجع في هذا التنظيم : مارتى ورينو بنس ٦٠٦ ؛ جوجالار (دروس مازو) بنس ٨٨٨ .

جعلنا الحق في التعيين للمدين نفسه أولا ، والا تم ذلك التعيين وفقا لمعايير وضعها القانون نفسه : فاذا لم يصدق أى معيار منها انتقل التعيين للدائن .

(ا) خيار التعيين للمدين :

٣٥٩ — للمدين — أولا — بموجب المادة ٣٤٤ أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ^(١) . حين يلتزم الدائن بقبول هذا التعيين ، ما لم يحل بين المدين واستعمال هذا الحق مانع قانونى أو اتفاقى .

فقد يتفق الطرفان مسبقا على ترتيب الديون في الدفع . وقد يصطدم اختيار المدين بموانع قانونية ، من ذلك على سبيل المثال : أنه لا يستطيع أن يجرى الخصم من دين أكبر من المبلغ المدفوع ، لأن الوفاء في هذه الحالة سيكون وفاء جزئيا (في خصوص هذا الدين) وقد عرفنا أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى . كما أنه لا يستطيع — من ناحية أخرى — أن يجرى الخصم من دين مؤجل اذا كان الأجل لمصلحة الطرفين معا (كقرض بفائدة) أو من باب أولى اذا كان الأجل لمصلحة الدائن وحده ، لأن المدين بذلك انما يجبر الدائن — بآرادته المنفردة — على اسقاط الأجل ، وهو غير جائز الا حين يكون الأجل قد تقرر لمصلحته وحده .

(ب) تعيين الخصم بواسطة القانون :

٣٦٠ — اذا لم يستعمل المدين حقه في التعيين ، تعين اجراء الخصم وفق المعايير التى حددتها المادة ٣٤٥ ، حين فرقت في هذا الشأن بين فرضين : فرض ما لو كان أحد الديون حالا والآخر مؤجلا ،

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٧٦٦ رقم ٣٤١ . وقد قضت محكمة النقض في حكم آخر لها بأن حق المدين في تعيين الدين المراد الوفاء به ، عند تعدد الدين ، هو مسألة واقع ، ومن ثم لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، انظر حكم ١٩٧٦/١/١٠ المجموعة السنة ٢٧ ص ٢٤٥ رقم ٥٨ .

وعندئذ يكون الخصم « من حساب الدين الذى حل » • وفرض ما لو تعددت الديون الحالة ، وعندئذ يكون الخصم من حساب « أشدها كلفة على المدين » • أو بعبارة أخرى ، من حساب الدين الذى يكون للمدين مصلحة أكبر فى سداده (١) • فالدين الذى يغل فوائد — على سبيل المثال — أو الذى يضمنه رهن أو الذى ما زال يبتقى على سقوطه بالتقادم مدة داوية ، يعتبر أشد كلفة على المدين من دين آخر لا يغل فوائد ، أو لا يضمنه رهن أو أو شك على السقوط ، بما يجعل من مصلحة المدين أن يفى به دون الآخر •

(ج) حق الدائن فى التعيين :

٣٦١ — فإذا لم يكن بالإمكان تطبيق أى من المعيارين السابقين ، لتعدد الديون الحالة ، وتساويها فى الكلفة ، انتقل التعيين الى الدائن (٢) ما دام الفرض أن المدين نفسه لم يقم بالتعيين •

ترتيب الخصم فى حالة الدين الواحد الذى تتبعه ملحقات :

٣٦٢ — أدخل المشرع فى مسألة تعيين جهة الدفع ، حالة ما اذا كانت ذمة المدين مشغولة بدين واحد تتبعه ملحقات من فوائد ومصروفات • فأوجب فى المادة ٣٤٣ اذا كان ما أداه المدين لا يفى بالدين مع كل هذه الملحقات ، أن يجرى خصم ما دفع « من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ثم من أصل الدين • كل هذا ما لم يتفق

(١) وهذه مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع • فى هذا المعنى مارتى ورينو بنسب ٦٠٦ ، ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/٥/٢٠ (د . ١٨٦٢ — ١ — ٥٠٧) : نقض ١٨٨٤/٧/٢٣ (د . ١٨٨٤ — ١ — ٤٥٩) •

(٢) ويعتقد بعض الشراح أن اتفاقاً لاحقاً بين المدين والدائن يمكن أن يعدل من التعيين الذى سبق أن قام به هذا الأخير ، بشرط عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة للأغيار ، انظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بنسب ٦٠٦ ، وقارن : نقض فرنسى ١٨٧٤/١٢/٨ (د . ١٨٧٥ — ١ — ٣٣) : ١٨٨٣/٧/٢٣ (د . ١٨٨٤ — ١ — ١٨٠) •

على غيره (٢:١) •

المطلب الثالث ظروف الوفاء

زمان الوفاء :

٣٦٣ — الأصل أنه ما دام التزام المدين مستحق الأداء لم يتفق على تأجيله ولم يكن معلقا على شرط واقف ، فإنه يتعين عليه أن يفى به فوراً ، والا أمكن للدائن قهره جبريا على هذا التنفيذ • وفي هذا المعنى تقضى المادة ١/٣٤٩ بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين » •

غير أن الفقرة الثانية من نفس النص أجازت « للقاضي ، في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » • ويسمى الأجل القضائي في هذه الحالة بنظرة الميسرة •

مكان الوفاء :

٣٦٤ — إذا لم يتفق الطرفان على تحديد المكان الذي يجب أن يتم فيه الوفاء تعينت التفرقة بموجب المادة ٣٤٧ بين ما إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات حين يجب تسليمه « في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام » ، وبين ما عداه من الالتزامات الأخرى ، حين يكون الوفاء بها « في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال » •

(١) راجع من تطبيقات التضاء المصري : نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠
المجموعة السنة ٢٧ ص ١٨٥٧ رقم ٣٤٠ •
(٢) وتأخذ المجموعة المدنية الفرنسية بنفس الحكم في المادة ١٢٥٤ •

نفقات الوفاء :

٣٦٥ — وتكون نفقات الوفاء أيا كان نوعها (كنفقات الوزن ، أو ارسال الدين الى الدائن اذا كان مشترطا الوفاء في موطن هذا الأخير) . على المدين . وذلك بموجب المادة ٣٤٨ « الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ^(١) . ومن أمثلة النصوص التي تجعل نفقات الوفاء على الدائن ما سبق أن أشرنا اليه في خصوص العرض الحقيقي والايدياع حين تجعل المادة ٣٣٥ نفقات هذا الطريق على الدائن .

المبحث الثاني

الوفاء من الحلول (٢)

Le Paiement avec Subrogation

المقصود به ، والفرض منه :

٣٦٦ — الوفاء مع الحلول : هو نظام قانوني مركب ، ينطوي على وفاء للحق بالنسبة للدائن ، وانتقال لهذا الحق بالنسبة للمدين ^(٣) .

ويفترض هذا النوع من الوفاء أن يكون الموفى شخص غير المدين ، ولم يقصد بوفائه أن يتبرع له . فإذا كان هذا الوفاء يقضى

(١) ورغم أن المادة ١٢٤٨ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذه المادة ، لا تتضمن هذا الاستدراك ، إلا أن من المسلم به في فرنسا أن نصها غير آمر ، ومن ثم يمكن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم . انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٩٠ .

(٢) راجع في تنظيم هذا النوع من الوفاء في القانون الفرنسى : جوجلار (دروس مازو) البنود من ٨٤٣ — ٨٥٩ .

(٣) راجع — بوجه عام — في الطبيعة القانونية للحلول : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٦١ ؛ مارتى ورينو بند ٦٠٧ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣١١ ؛ د. السنهورى ج ٣ البنود من ٤٠٢ — ٤٠٥ .

(م ١٨ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

على حق الدائن . الا أن ذمة المدين تبقى مشغولة في مواجهة الموفى .
وقد سبق أن عرفنا أن لهذا الأخير أن يرجع على المدين بدعوى
شخصية لاقتضاء ما أوفاه ، وتتأسس هذه الدعوى : اما على الفضالة
أو الوكالة أو الاثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

٣٦٧ — غير أنه يبدو أن المشرع . قد أراد أن يشجع (١) الغير
على وفاء دين المدين ، خاصة اذا كانت لهذا الغير مصلحة في هذا
الوفاء . فجعل له — فضلا عن الدعوى الشخصية — أن يحل بما دفعه
في مركز الدائن . فيسمى الوفاء في هذه الحالة وفاء مع الحلول .

والهدف الرئيسي من هذا الاحلال : أن يفيد الموفى — في رجوعه
على المدين — بالضمانات التي كانت تضمن حق الدائن الموفى له (٢) .
وبالتالى يطمئن الموفى الى أنه سيكون عند التنفيذ على أموال المدين
مفضلا — بهذا الحلول — على غيره من الدائنين عند التزاحم . حين
أنه لو رجع بالدعوى الشخصية لتحمل خسارة مزاحمة الدائنين الآخرين
له ، بما يحتمل معه ألا يحصل على كامل حقه . اذا وقعت قسمة الغرماء
نتيجة اعسار المدين . بل وقد لا يحصل على شيء مما أوفى اذا سبقه
اثنى استيفاء الحق دائنون آخرون مفضلون عليه بما لهم من تأمين عيني
يضمن حقوقهم .

وقد كان يكفي لكفالة هذا الهدف مجرد احلال الموفى محل
الدائن في حق هذا الأخير بما يكفله من ضمانات فحسب . غير أن
المشرع لم يقتصر على ذلك وانما تصور الحلول بكامل أبعاده ، فجعل
الموفى يحل في نفس مركز الدائن ، ليكون له حق هذا الأخير بخصائصه ،
وتوابعه وتأميناته ودفوعه . وطبقا لهذا التصوير ، فقد يبدو الرجوع

(١) في هذا المعنى ايضا مارتى ورينو بنسب ٦٠٧ .

(٢) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) بنسب ٨٤٣ .

بالدعوى الشخصية أكثر ميزة للموفى من دعوى الحلول في بعض الأحيان . كما لو كانت دعوى الدائن — على سبيل المثال — قد أوشكت على السقوط بالتقادم حين أن مدة هذا الأخير في سدد الدعوى الشخصية ، لا تبدأ الا من وقت الوفاء . وقد لا يكون حق الدائن منتجا لفوائد ، أو اتفق بشأنه على أقل من الفوائد القانونية ؛ حين يجد الموفى من مصلحته ، اذا كان بوفائه وكيلا أو فضوليا عن المدين ، أن يرجع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية ليكون له فوائد ما أوفى بسعرها القانونى من يوم الوفاء .

غير أن الوفاء مع الحلول . وان بدا للوهلة الأولى ، قريب الشبه بفكرة حوالة الحق ، الا أنهما في الواقع يختلفان في الغرض وفي شروط الانعقاد والنفاد . وكذلك فيما يترتب على كل منهما من آثار . وسوف نشير الى هذه الفوارق من خلال ثنايا البحث في حالات الوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وذلك منعا للتكرار (١) .

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا البحث على مطلبين : نخصص أولهما لحالات الوفاء مع الحلول لنكرس الثانى لما يترتب عليه من آثار .

المطلب الاول

حالات الوفاء مع الحلول

٣٦٨ — يجد الحلول مصدره ، اما في نص القانون ، حين يسمى «بالحلول القانونى» ، أو في الاتفاق ، حين يسمى «بالحلول الاتفاقى» .

(١) راجع بوجه عام ، في أوجه الاختلاف بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٩ ؛ ستارك بند ٢٣٤٨ ؛ مارتى ورينو بند ٦٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣١٩ ، د. السنهورى ج ٣ البنود من ٤٠٦ — ٤١٠ .

أولا : الحلول القانوني (١) :

٣٦٩ — حددت حالات الحلول القانوني ، المادة ٣٢٦ والتي بموجبها يحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :

١ — اذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه :
م ١/٣٢٦ (٢) :

ويكون الموفي ملزما بالدين مع المدين اذا كان متضامنا معه فيه أو كان شريكا معه في دين غير قابل للانقسام (٣) . كما يكون الموفي ملزما بالدين عن المدين اذا كان كفيلا له ، شخصية كانت هذه الكفالة أو عينية .

٢ — وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم : م ٣٢٦/ب :

تفترض هذه الحالة أن يكون المدين قد رهن عقاره لدائنين على التوالي . فاذا شرع الدائن المتقدم في التنفيذ على العقار ليستوفي حقه من ثمنه (وهو يستوفيه في هذا الفرض بالأولوية على الدائن المتأخر) فقد يجد الدائن الآخر من مصلحته أن يمنع هذا التنفيذ ، اذا كان الوقت غير ملائم لبيع العقار ، بما يحتمل معه ألا يكون الثمن

(١) انظر في حالات الحلول القانوني في القانون الفرنسي ، طبقا للمجموعة المدنية ، وكذلك حالات الحلول التي قررتها نصوص خاصة لاحقة على هذه المجموعة : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٥ ؛ مارتى ورينو ، البندان ٦١٨ ، ٦١٩ ؛ كاربونيه بند ١٣٠ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ ؛
VITU : Subrogation légale et droit des assureurs. Rev. gen. des ass. terr. 1946 — 261.

(٢) ويتأبليا في فرنسا نص المادة ١٢٥١/٣ مدني . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ (ج.ك.ب ١٩٥٦ — ٩٢٦٣ وتعليق سافاتييه) .

(٣) ويؤكد القضاء الفرنسي ان هذا الفرض من الحلول يطبق ايضا في حالة الالتزام التضامني in Solidum ، انظر مثلا : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ سابق الإشارة ، ونقض ١٩٥٨/١١/٣ (ج.ب ١٩٥٩ — ١ — ١٣) .

كافيا للوفاء بالحقين معا . حين أنه لو أرجىء البيع الى فرصة مناسبة لكان من الممكن أن يتبقى من حصيلة التنفيذ — بعد خصم حق الدائن المتقدم — ما يكفي للوفاء بحق الدائن المتأخر ، عندئذ يكون من مصلحة هذا الأخير أن يشي هو حق الدائن المتقدم فيحل محله ويترىث التنفيذ الى الوقت المناسب . كما تتحقق هذه الحالة من باب أولى لو كنا بصدد دائنين أحدهما يسبق الآخر بما له من تأمين عيني حين أن الآخر مجرد دائن عادي .

٢ — وفاء الحائز للعقار بآئدين المضمون : م ٣٢٦ ج :

حائز العقار هو من تنتقل اليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني ، دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين .

فاذا أراد الدائن المرتهن بما له من حق التتبع أن يباشر التنفيذ على العقار الذي انتقلت ملكيته الى الحائز . فقد يجد هذا الأخير من مصلحته ، درءا للتنفيذ على عقاره أن يفى للدائن المرتهن حقه ليحل محله في ذات الحق بضماناته . فاذا كان هذا الحق مضمونا برهن على عقار آخر ، ضمن هذا الرهن حق الحائز قبل المدين .

بل أكثر من ذلك ؛ يحل الحائز بما دفعه في نفس الرهن الذي كان للدائن الموفى له . على نفس العقار الذي آل الى الحائز . ليصبح هذا الأخير بمثابة الدائن المرتهن للمكه . وتظهر مصلحته في ذلك اذا كان العقار الذي آل اليه ، مثقلا برهن تال في المرتبة . وكانت قيمة هذا العقار لا تزيد عن الدين الذي أوفى به للدائن المتقدم وحل محله فيه ، اذ سيترتب على الحول هنا أن تنعدم مصلحة الدائن المتأخر في مباشرة التنفيذ على عقار الحائز ، ما دام الفرض أنه لن يتبقى له من حصيلة التنفيذ شيء ، بعد استيفاء الحائز (كحال محل الدائن المتقدم) كامل حقه .

هذا ويلاحظ أن الفقرة ج من المادة ٣٢٦ حين ذكرت هذه

الحالة من حالات الحلول ، لم تعرض الا لفرض واحد من فروض حائز العقار ، وهى حالة ما اذا كان هذا الأخير قد اشترى العقار ودفع ثمنه لدائنين خصص هذا العقار لضمان حقوقهم . وأساس اختصاص هذا الفرض بالذكر أنه الأكثر وقوعا فى العمل . وان كان ذلك لا يمنع أن كل حائز للعقار المرهون له أن يستعمل هذا الحق فى الحلول .

٤ - حالات أخرى :

وأخيرا تجيز الفقرة د من نفس النص للموفى حق الحلول اذا كان هناك نص خاص يقضى بذلك . ومن أمثلة هذه النصوص ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص التأمين من الحريق حين تخول المادة ٧٧١ مدنى للمؤمن أن يحل بما دفعه من تعويض بسبب الحريق فى الدعاوى التى تكون للمستأمن قبل المسئول عن الحريق . (وراجع أيضا نص المادة ١٥٨ تجارى فى خصوص دفع الكمبيالة بطريق التوسط) .

ثانيا : الحلول بالاتفاق :

٣٧٠ - قد يجد الحلول مصدره فى الاتفاق الذى قد يتم :
اما بين الدائنين والموفى ، أو بين المدين والموفى .

١ - الحلول بالاتفاق مع الدائن :

٣٧١ - تجيز المادة ٣٢٧ مدنى « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله » (١) .

(١) وتشترط المادة ١/١٢٥ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذا النص ، أن يكون الاتفاق فى هذا الفرض من الحلول ، صريحا . لكن المسلم به فى الفقه الفرنسى أن ذلك لا يعنى ضرورة استخدام لفظة الحلول بنصها فى هذا الاتفاق ، وانما المقصود به ضرورة أن يكون اتفاق الطرفين على الحلول واضحا فى معناه لا يحتمل لبسا ، وأن مثل هذا الاتفاق لا يصح أن يستخلص ضمنا . انظر فى هذا المعنى : جوسران بنىد ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنىد ٣١٣ ؛ مارتى ورينو بنىد ٦١١ .

وتختلف هذه الصورة من صور الحلول عن حوالة الحق : وان بدت قريبة الشبه منها ^(١) . فقد أجازت المادة السابقة هذا الحلول « ولو لم يقبل المدين » . ومعنى ذلك أن هذا الحلول ينفذ في مواجهة المدين والغير دون حاجة الى أى إجراء ^(٢:٣) . حين أن حوالة الحق ، وان أمكن انعقادها بين الدائن والمحال له : الا أن نفاذها في حق المدين أو الغير موقوف على رضا هذا المدين بها أو على الأقل على اعلانه بها اعلانا رسميا .

كذلك يختلف النظامان من حيث الهدف . ففي الوفاء مع الحلول : يكون الوفاء هو المقصد الأساسي من هذا النظام . وما تغير شخص الدائن وحلول الموفي محله الا نتيجة تبعية . حين يكون استبدال شخص المحال له بشخص الدائن الأصلي في حوالة الحق هو الهدف الأساسي من الحوالة ؛ ولذلك فإن الموفي — في غالب الأحيان — إنما يتدخل بقصد اداء خدمة للمدين الذى أوفى عنه . ولذلك فإن حقه في الرجوع على هذا الأخير يكون مقيدا بقدر ما دفع من ماله للدائن وليس بقدر حق هذا الأخير في مواجهة المدين . حين يغلب — على العكس — في حوالة الحق ، أن يكون المحال له مضاربا ، يقصد استثمار أمواله ، فيشتري من الدائن المحيل حقه في مواجهة المدين لقاء مبلغ أقل : اما لأن

(١) وبديهي أن للقضاء رقابته على ما يعطيه المتعاقدان من تحديد للطبيعة القانونية للعقد ؛ ومن ثم فليس ما يمنع أن يرى قضاء الموضوع في اتفاق ما حوالة حق حتى ولو كان المتعاقدان قد استخدما في شأنها لفظة الحلول . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نتض ١٣/٤/١٩٤٨ (س. ١٩٤٨ — ١ — ١٦١) .

(٢) اللهم الا فيما ينطلق بتاريخ الاتفاق على هذا الحلول ، حيث لا يكون بالامكان الاحتجاج به على الاغيار الا منذ أن يكون ثابتا بوجه رسمى .

(٣) وقد يحدث — تبعا لذلك — أن يفى المدين لدائنه القديم بحسن نية ، أى وهو يجهل ذلك الوفاء الذى تم له من جانب الغير . وقد قضى في هذا الخصوص بأن وفاء المدين في هذه الحالة يكون صحيحا ومن ثم ببرئا لذمته . انظر استئناف باريس ١٩٧٠/١/٢٣ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٨٣٧ وتعليق جافالدا) .

هذا الحق مؤجلاً ، أو متنازعا فيه ليرجع بعد ذلك على المدين بكامل حق الدائن المحيل مستفيدا من الفرق بين ما دفع وبين ما يسترد .

وينعكس هذا الاختلاف في الهدف على مسئولية الدائن في كل من النظامين . ففي حوالة الحق بعوض ، ينقل الدائن للمحال له حقه في مواجهة المدين ، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يلتزم في مواجهة المحال له بضمان وجود الحق المحال وقت الحوالة . فإذا تحقق هذا الضمان ، رجع المحال له على المحيل بالتعويض عن كل ما خسره . وهو يشمل المبلغ الذي دفعه للمحيل كضمن للحوالة ، مضافا إليه غوائده ، ومصاريف الحوالة . أما في الوفاء مع الحلول ، فإن الدائن لا ينقل شيئا للموفى ، وإنما على العكس يتلقى منه حقه . وبالتالي لا يتصور أن يكون الدائن مسئولا بالضمان في مواجهة الموفى . وحتى إذا تبين أن الحق الذي استوفاه الدائن من الموفى غير موجود ، أما لانقضائه أو لبطلان التصرف الذي نشأ عنه ، فإن رجوع الموفى على الدائن لا يكون الا وفقا لقواعد استرداد ما دفع بدون وجه حق ، حيث يقتصر حق الموفى على استرداد ما دفعه فقط ، ولا يحق له أن يطالب بفوائده ما دفع ، اللهم الا اذا كان الدائن سيء النية يعلم حين القبض بعدم أحقيته في الوفاء .

٣٧٢ — هذا وتشترط المادة ٣٢٧ ، لامكان الحلول بالاتفاق بين الدائن والموفى ، ضرورة ألا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء^(١) .

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط الذي يجرى عليه أيضا نص المادة ١/١٢٥ مدني : نقض (تجاري) ١٤/١٢/١٩٦٥ (ج.ب ١٩٦٦ — ١ — ٢٧٨) ؛ استئناف تولوز ٩/١١/١٩٥٤ (ج.ب ١٩٥٥ — ١ — ٤٩) .

بمعنى ضرورة أن يكون متعاضداً معه ^(١) . ويجد هذا الشرط تبريره
في اعتبار نظري وآخر عملي :

فمن الناحية النظرية : لا يتصور امكان تأخر الاتفاق على الحلول
عن وقت النغاء ؛ لأنه يترتب على هذا الأخير انتقضاء حق الدائن .
وعندئذ لا يتصور أن يحل المفي في حق أصبح لا وجود له ^(٢) .

أما الاعتبار العملي — وهو ما يبدو أن المشرع كان يقصد اليه .
كما يتضح من المذكرة الايضاحية للنص — فهو درء التواطؤ المحتمل .
بين المدين والدائن المتقدم . الذي استوفى حقه . للاضرار بدائن قال

(١) وعلى ذلك صريح نص المادة ١/١٢٥ مدني فرنسي سابقة
الاشارة . ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين أن الحلول لا يجوز قبل الوفاء .
حيث أن الأخير هو شرط الأول . ولا يعدو الاتفاق بين الدائن ومن يريد الوفاء
بدين الغير على أن الموفي سوف يحل بوفائه محل الدائن . أن يكون مجرد
وعد بالحلول . انظر في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦١٢ : جوسران
بند ٨٨٩ . ونبعا لذلك يرى البعض ايضاً . أن الشروط التي ترد عادة
في وثائق التأمين من الأضرار . والتي بموجبها يحل المؤمن محل المستأمن
فيما يكون لهذا الأخير من حق في التعويض قبل التسبب في الضرر . انها
تتحلل في حوالة حق محتمل وليس في حلول بالمعنى الدقيق : من هذا الرأي
بلانيول وريبير بواسطة رادوان . أشار اليهم مارتى ورينو ص ٦١٤
هامش ٢ . أما بعد صدور قانون التأمين الفرنسي في ١٢ يولية ١٩٣٠
وما قرره المادة ٢٦ منه من حق للمؤمن في الحلول القانوني محل المستأمن ؛
فان محكمة النقض الفرنسية لم تعد تجيز للمؤمن أن يدعى في هذا الفرض
بأن المستأمن قد أحال اليه حقه في التعويض في مواجهة الغير (أي المتسبب
في الضرر) بالنظر لاختلاف آثار حوالة الحق عن آثار الحلول . أشار لذلك
مارتى ورينو ص ٦٤٤ هامش ٢ : وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي
في هذا المعنى : نقض ١٩٤٥/٣/٥ (د . ١٩١٦ — ١ وتعليق بيسون) ؛
(ج . ك . ب ١٩٤٥ — ٢ — ٢٧٩٨ وتعليق ليربور بيجونير) . (ر . ت
١٩٤٦ — ٣٦ وتعليق هنري وليون مازو) ؛ وعكس ذلك : استئناف ليون
١٩٤٣/٣/٢ (ر . ت ١٩٤٤ — ٣٨ وتعليق هنري وليون مازو) : (المجلة
العامية للتأمين البري ١٩٤٣ — ٢٤٦ وتعليق بيسون) .

(٢) في هذا المعنى ايضاً : ستارك بند ٢٣٥ ؛ جوجلار بند ٨٤٩ ؛
مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير
بند ٣١٣ .

في المرتبة • ربيان ذلك : أن المدين قد يفى حق الدائن المتقدم ، بما يترتب عليه أن يصعد الدائن الذي كان تاليا له في المرتبة ، الى المرتبة الأولى • ولو سمح المشرع أن يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء لكان من السهل على المدين أن يتواطأ مع الدائن المتقدم الذي استوفى حقه ، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار في مرتبة الدائن المتقدم ، لتفويت حق الدائن المرتين الثاني ، الذي من المفروض أنه أصبح — بانقضاء حق الدائن المتقدم — في المرتبة الأولى •

٣٧٣ — والغالب أن يحسب الاتفاق على الحلول ، في نفس المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الذي أوفاه حقه • وعندئذ ، فطبقا للقواعد العامة ، وخروجا من الاستثناء الخاص بالمخالصات بوجه عام ينبغي أن يكون لهذه المخالصة الحلولية (La quittance subrogative) تاريخ ثابت : حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير ^(١) •

ب — الحلول بالاتفاق مع المدين (٢) :

٣٧٤ — تفترض هذه الصورة • أن يكون أجل الوفاء بحق الدائن قد حل : دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفي لوفائه • فيتفق مع آخر : على أن يقرضه مبلغا يفى به الدين ، وأن يحل المقرض (الموفى) محل الدائن الذي استوفى حقه •

وواضح أن هذه الصورة لا يمكن أن تشتبه بحوالة الحق • ففيها يتفق المدين على احلال آخر محل الدائن دون حاجة لرضاء هذا

(١) انظر في هذا المعنى • وفي تبرير هذا الحل : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٤٩ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي نقض ١٨٤٣/١/٣١ (د . ١٨٤٣ — ١ — ٢٥٣) •

(٢) انظر في الاصل التاريخي لهذا الفرض من الحلول في القانون الفرنسي : جوجلار بند ٨٥١ ؛ جوسران بند ٨٩٢ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣١٤ •

الأخير (١) . حينئذ لا يتصور أن تتم حوالة الحق الا بالاتفاق مع الدائن .

٣٧٥ — غير أن هذه الصورة من الحلول . تنطوي على خطر التواطؤ بين المدين والغير : الأجنبى عن الوفاء . اضرارا بحق الدائن التالى فى المرتبة للدائن الذى استوفى حقه . فلو غرضنا أن (أ) دائن له تأمين عيني فى المرتبة الأولى . (ب) دائن تانى له فى المرتبة . أوفى المدين من ماله حق (أ) . يتقدم (ب) ليصبح فى المرتبة الأولى . يضطر المدين بعد ذلك الى الاقتراض . يقترض (بعد الوفاء) مبلغا من (ج) . يمكن عندئذ للمدين أن يتفق مع (ج) على الحلول محل (أ) : بأن يقدم تاريخ عقد القرض ليجعلاه سابقا على وفاء حق (أ) اضرارا بمصلحة (ب) .

ودرءا لهذا التحايل . تستوجب المادة ٣٣٨ . التى أجازت الحلول بهذه الطريقة « أن يذكر فى عقد القرض . أن المال قد خصص للوفاء . وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » . وذلك ضمانا لعدم تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ويجب بداهة : ولو أن المشرع لم يذكر هذا الشرط صراحة . أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت : حتى يمكن الاحتجاج بهما على الغير .

المطلب الثانى

آثار الحلول

القاعدة : هى الحلول الكامل :

٣٧٦ — اذا أوفى الموفى الدين للدائن . فان الأصل أن يحل محل هذا الأخير (سواء كان الحلول قانونيا أم اتفاقيا) حلولا كاملا .

(١) ويرى فيها كاربونييه ١ ص ١٧٩ بنسب ١٣٠ . — تبعا لذلك —
نوعا مما أسماه بـ العقد الجبرى « *contrat forcé* »

وهذا ما عبرت عنه المادة ٣٢٩ حين قضت بأنه « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن . كان له حقه . بما لهذا الحق من خصائص . وما يلحقه من توابع ^(١) . وما يكفله من تأمينات : وما يرد عليه من دفع » . وقد سبق أن أشرنا الى أن هذا التصوير يتجاوز في الواقع الهدف الأساسي من نظام الحلول . وأنه قد يجهل من مصلحة الغير الموفى ، أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بدلا من دعوى الدائن . ونص هذه المادة من الوضوح بحيث لا يحتاج الى مزيد من البيان .

الحلول غير الكامل :

٣٧٧ — على أنه استثناء من الأصل سابق الذكر . يقيد المشرع من الحلول في بعض الحالات . فيكون فيها حولا ناقصا . ويمكن تلخيص هذه القيود على النحو التالي :

- ١ — يكون الحلول « بالمقدر الذي أداه من ماله من محل الدائن » م ٣٢٩ . فإذا كان الدائن قد قبل من الموفى مبلغا أقل من كامل حقه ، وارتضاه سببا لانقضاء الدين . نازلا عن الجزء الباقي ، فإن الموفى لا يحل محل الدائن في حق هذا الأخير كله . وإنما بالمقدر الذي دفعه . فكان المدين في الواقع — هو الذي يفيد من هذا الإبراء الجزئي .

(١) وفي حكم حديث لها قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الموفى الذي حل محل الدائن يتمتع بكافة الدعاوى التي كانت تخص الدائن والتي تتصل مباشرة بالحق الذي حل فيه : انظر : نقض ١٩٨٣/١٢/٧ (د . ١٩٨٤ — أ.ر — ٢٤٧) . هذا ويسلم القضاء الفرنسي ، تبعاً لذلك ، بأنه إذا كان الموفى قد حل ، بما أوفاه من الدين ، محل البائع ، كان له ما كان لهذا الأخير من حق في الفسخ . انظر : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ (د . ١٩٦٣ — ٣١٦ وتعليق فواران) ؛ نقض ١٩٦٥/١/١ (ج.ك.ب . ١٩٦٥ — ١ — ١٤١٨٧ وتعليق J.A.) ؛ استئناف أميان ١٩٧٠/١/١٢ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٨٧٢ وتعليق داجو و سبيترى) ؛ ويؤيد هذا الحل ضمنا ستارك بنسب ٢٢٥٢ ؛ وانظر مع ذلك ، في نقد هذا الاتجاه : جوجلار (دروس مازو) بنسب ٨٥٨ .

وأساس هذا القيد ، أن الموفى ، كما سبق أن ذكرنا ، بعيد عن المضاربة ^(١) . وذلك على العكس من الحال له الحق . فهذا الأخير الذى يغلب أن يكون مضاربا . اذا اشترى حق الدائن المحيل بثمن أقل من قدر هذا الحق وحل محله . فى الرجوع على المدين . انما يرجع بحق الدائن المحيل كله وليس بقدر ما دفعه .

٢ — اذا أوفى أحد المدينين المتضامنين بأدين كله للدائن ، فليس له — من ناحية — أن يرجع على باقى المدينين الا بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . كما أنه لا يجوز له . من ناحية أخرى ، أن يرجع على أى من الباقيين الا بقدر حصته فى الدين . ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن « . م ٢٩٧ / ٢ .

٣ — وعلى نفس النسق المقرر لحالة رجوع المدين المتضامن الذى أوفى بكل الدين ، على باقى المدينين بدعوى الدائن . تنضى المادة ٣٣١ بأنه « اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين . وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » .

ويواجه هذا النص ، فرض ما لو كان الدين مضمونا برهن على عدة عقارات مملوكة للمدين ، ثم انتقلت ملكية هذه العقارات الى أشخاص متعددين ، فيكون كل منهم حائزا للعقار المرهون . وملزما — بالتالى — بوفاء الدين عن المدين بموجب الرهن . فاذا أوفى أحد الحائزين بدين الدائن كله ، وحل محله فى الرجوع على باقى الحائزين ، فانه لا يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه فى الدين ، محسوبا على أساس نسبة قيمة ما يحوزه كل منهم من عقار . الى ما يحوزه الآخرون .

(١) ولذلك يسلم الفقه الفرنسى ايضا بهذا الحكم ، وعلى نفس الأساس ، رغم عدم وجود نص فى المجموعة المدنية الفرنسية مطابق للمادة ٣٢٩ مدنى ، انظر مثلا ستارك بنود ٢٣٥٩ .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه ، وأن المدين قد رهن ثلاثة عقارات لضمان هذا الدين ، قيمة العقار الأول ٩٠٠٠ جنيه ، والثاني ٦٠٠٠ جنيه ، والثالث ٣٠٠٠ جنيه . بيع العقار الأول الى (ب) ، والثاني الى (ج) والثالث الى (د) . أوفى (ب) بحق الدائن (أ) كاملا . وحل محله في الرجوع على كل من (ج) : (د) . عندئذ يقسم الدين بين الحائزين الثلاثة : (ب) الموفى : (ج) و (د) بنسبة ٩٠٠٠ : ٦٠٠٠ : ٣٠٠٠ أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ وبالتالي لا يكون لـ (ب) أن يرجع على (ج) الا بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، وعلى (د) الا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويتحمل هو مبلغ ٣٠٠٠ جنيه . ومن هذا الحل يتضح أن الدين ينقسم في العلاقة بين الحائزين . تماما كما ينقسم بين المدينين المتضامين .

٤ — اذا كان لحائز العقار المرهون ، الذى أوفى الدين للدائن المرتهن ، أن يحل ، بموجب صريح المادة ١٠٦١ « محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق » . الا أن هذا الحل لا يشمل ، وفقا لذات النص . ما كان من هذه الحقوق « متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » : ككفالة ، شخصية كانت أو عينية .

ويواجه هذا النص فرض ما لو كان حق الدائن مضمونا برهن قدمه المدين ، وبكفالة من جانب الغير : شخصية كانت أو عينية . ثم تنتقل ملكية العقار المرهون الى الحائز الذى يفى بالدين ويحل بما أوفى محل الدائن . فعندئذ لا يستطيع الحائز أن يرجع على الكفيل ، بمقولة أنه يحل محل الدائن فى ذات حقه بما يكفله من تأمينات . لأن النص السابق يستثنى من هذه التأمينات : ما قدمه شخص غير المدين : كالكفيل .

وهذا الاستثناء له — فى الواقع — ما يبرره . فالكفيل ليس مسئولا عن الدين فى مواجهة الحائز ، حتى يمكن القول برجوع هذا الأخير عليه . انه لم يكن مسئولا عن الدين الا فى مواجهة الدائن ، وما ارتضى كفالة حق هذا الأخير الا مطمئنا الى الرهن الذى قدمه

المدين : والى أنه اذا اضطر الى وفاء الدين : غانه سيحل محل الدائن
فى الرجوع على المدين . ليكفل حقه فى هذا الرجوع نفس الرهن الذى
كان للدائن الموفى له . وتصرف المدين فى العقار المرهون الى الحائز
لن يغير من الأمر شيئاً . فسيظل من حقه الكفيل اذا أوفى . أن يحل
محل الدائن . وينفذ بما أوفاه على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته
الى الحائز . والا فغان القول العكسي . لينقذ الكفيل حقه فى الضمان
الذى اعتمد عليه عندما قبل الكفالة . وهو قول غير سائغ .
ومتى كان ذلك . فإذا كان الحائز هو الذى أوفى : فلو يجديه أن
يرجع على الكفيل : لأن هذا الأخير اذا دفع : سيحل بدوره محل
الدائن فى الرجوع على الحائز بدعوى الحل . ما دام أن هذا الأخير .
يكون بمقتضى الرهن مسئولاً عن الدين تجاه الكفيل .

هـ — تنقضى المادة ١/٣٣٠ (١) بأنه : « اذا وفى الغير الدائن جزءاً
من حقه وحل محله غيه . فلا يضر الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى
استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وجاه (٢:٢) : ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك » (٤) .

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١٢٥٢ مدنى .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الحكم : نقض اعراف
١٨٩٩/٢/١٣ د . ١٨٩٩ — ١ — ٢٤٦ ؛ وانظر فى مبررانه : كاربونيه
ص ٤٨١ بند ١٣١ .

(٣) وفى هذا الحكم مظهر من بين مظاهر اختلاف الحلول عن حوالة
الحق : فقد سبق ان اشرنا الى أنه اذا تمت حوالة جزء من حق فقبل .
فان المحال له بزاحم الدائن الاصلى فى التنفيذ بالجزء الذى احيل اليه .
على اموال المدين : ليقتسمها كل منهما قسمة الغرماء ؛ كل بنسبة حقه .
انظر سابقاً بند ٢٩٧ . وانظر ايضاً جوجالار بند ٨٥٩ .

(٤) ويرى الفقه الفرنسى ايضاً ان قاعدة عدم جواز ان يضر الدائن
بما ارتضاه من الحلول الجزئى . ليست من القواعد الآمرة ؛ ومن ثم فان
بإمكان الدائن ان يتنازل عن هذه الميزة . انظر ستارك بند ٢٣٦ ؛
جوجالار بند ٨٥٩ .

وهذا القيد منطقي ، بحسبانه تفسيراً معقولاً لارادة الدائن الذي قبل الوفاء الجزئي ، وحلول الموفي محله في هذا الجزء . ولولاه لكان من حق الموفي . وفقاً للأصل في الحلول ، أن يزاحم الدائن بما أوفى ، حين يرجع هذا الأخير بما بقي له من حق على المدين . وهي نتيجة لو كان الدائن يعلمها منذ البداية لما قبل الوفاء الجزئي من الموفي .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بحق قدره ١٢٠٠ جنية ، وأوفاه (ب) بمبلغ ٨٠٠ جنية ، وكان الثمن الذي بيع به العقار الضامن للمدين هو ٩٠٠ جنية ، فإن (أ) يستوفي من هذا الثمن . هو أولاً ، ما بقي له من حق ، وهو ٤٠٠ جنية فلا يبقى لـ (ب) سوى ٥٠٠ جنية . وكان مقتضى الحلول ، أن يقسم مبلغ الـ ٩٠٠ جنية بين الدائن والموفي بنسبة ٤٠٠ جنية (الباقي من الحق) الى ٨٠٠ جنية (ما دفعه الموفي) ، أي بنسبة ٢ : ١ فيكون للدائن ٣٠٠ جنية ، وللموفي ٦٠٠ جنية .

أما الفقرة الثانية من نفس النص ، فتواجه فرض ما لو « حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق » . عندئذ « رجع من حل أخيراً ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » . فكان ميزة التقدم ، المقررة بالفقرة الأولى ، لا تنتقل من الدائن الى من يوفى له بالباقي من الدين . اذ لا مبرر — في الواقع — للفرقة بين الموفين .

فلو فرضنا في المثال السابق ، أن (ج) أوفى الجزء الباقي من الدين وقدره ٤٠٠ جنية وحل محل الدائن بدوره في هذا الجزء . فإن ثمن العقار يقسم بين من حل أولاً (وهو ب) ومن حل أخيراً (وهو ج) . كل بنسبة ما دفعه ، أي بنسبة ٨٠٠ : ٤٠٠ ، فيكون نصيب (ب) ٦٠٠ جنية ، ونصيب (ج) ٣٠٠ جنية .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

حصر ، وتقسيم :

ذكرنا أن الالتزام قد ينقضي بما يعادل الوفاء • ويعادل الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام كل من : الوفاء بمقابل ، والتجديد ، والائابة في الوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة • ونخصص لكل من هذه الأسباب مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

الوفاء بمقابل (أو الاعتياض)
La dation en paiement

المقصود به :

٣٧٨ - عرفنا أن الوفاء يجب أن يتم بذات (أو عين) ما التزم به المدين ، وأن من حق الدائن أن يرفض أى بديل عنه ولو كان مساويا له في القيمة ، أو حتى كانت له قيمة أكبر •

غير أن الدائن قد يقبل من المدين - عند الوفاء - مقابلا آخر ، غير ما اتفقا عليه بداءة ، فينقضي الدين بحصوله على هذا المقابل • ويقال عندئذ أن المدين قد أوفى بمقابل أو بطريق الاعتياض • وفي هذا الصدد ، تقضى المادة ٣٥٠ مدني بأنه « إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » •

٣٧٩ - ويغلب في هذا النظام ، أن يكون المستحق أصلا للدائن هو مبلغ من النقود ، فيقبل الاعتياض عنه بشيء ينقل المدين (م ١٩ - موجز الأحكام العامة للالتزام)

ملكيته له بدلا منه . لكن قد يتبع أن يكون الاعتياض بشيء عن شيء آخر أو حتى عن عمل (١) أو امتناع (٢) عن عمل يكون المدين ملتزما به أصلا في علاقته بالدائن .

طبيعته القانونية :

٣٨٠ — وقد أثارت الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل جدلا في الفقه . وليس من شك ، باديء ذي بدء ، في أن محاولة تحديد هذه الطبيعة ، بالانطلاق من أحد الفروض التي يقع فيها هذا النظام ولو كان هو الفرض الغالب ، لا بد ستنتهي الى نتيجة غير دقيقة أو قاصرة ، لا تستجيب لهذا النظام في كل فروضه ، لأن بدايتها نفسها غير صحيحة . كما أنه ليس من شك أيضا في أن الوفاء بمقابل ليس محض وفاء عادي ، لأنه لو كان كذلك وكان المدين بالفرض قد قدم للدائن مقابلا لا يملكه ، لترتب على بطلان الوفاء ، لعدم ملكية الموفى لما يفي به ، عودة الدين بجميع ما كان له من ضمانات ، حين أنه مع هذا النظام لا يعود الدين الأصلي الى الوجود في مثل هذا الفرض ، ولا يكون للدائن اذا ما استحق المقابل في يده الا أن يرجع على المدين بالتعويض عن هذا الاستحقاق (٣) .

٣٨١ — ولا يعتبر الوفاء بمقابل ، كذلك ، مجرد تجديد للالتزام بتغيير محله ؛ لأن التجديد اذا كان يقضى على الالتزام القديم فانما يقضى عليه بانشاء التزام جديد يحل محله ويبقى — من ثم — بعده ولو لمدة قصيرة ، فيما لا يقصد الدائن والمدين في الوفاء بمقابل انشاء التزام جديد (٤) . كما أن هذا النوع من الوفاء يقتضى حتما أن يكون

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٣ ، د. محمود جمال الدين زكي بند ٥٧٩ .

(٢) في هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكي ، الاشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ .

(٤) يقترب من هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٢ .

الاتفاق عليه مصنوباً بتنفيذه فعلاً (١) . ومن ثم فإنه لا يجوز — في هذا النظام — أن يكون المقابل شيئاً مستقبلاً . أو مضافاً تسليمه الى أجل (٢) .

٣٨٢ — وقد يتبادر الى الذهن لأول وهلة : أن الوفاء بمقابل هو بيع تليه مقاصة : في معنى أن المدين يبيع للدائن الشيء الذي يقدمه بديلاً عن الدين النقدي الأصلي . بثمن يعادل تماماً قيمة هذا الدين ، لتتق المفاصة بعد ذلك بين الدين والثمن . وواضح أن مثل هذا التكيف — اذا صح — لا يواجه كل فروض الوفاء بمقابل ؛ اذ لا يصح الكلام عن بيع . مثلاً ، اذا كان ما يستعاض عنه بنقل ملكية الشيء هو شيء آخر . أو من باب أولى عمل أو امتناع عن عمل (٣) . هذا الى أن بعض أحكام البيع لا تنطبق على الوفاء بمقابل : فانتقال الملكية . في البيع ، لا يكون بالضرورة من غور التراضي . وكذلك تسليم الشيء المبيع ، كما يجوز أن يكون هذا الأخير شيئاً مستقبلاً . فيما يلزم — في الوفاء بمقابل : كما ذكرنا . أن يكون انتقال ملكية الشيء البديل وتسليمه للدائن ، محاسباً لقبول هذا الأخير لمبدأ الاختياض (٤) . ويضاف الى ذلك أن من شأن اعتبار الوفاء بمقابل بيعاً للشيء البديل : أنه لو ظهر للموفى ، بعد الوفاء : أن الدين الذي باع المقابل من أجل سداده للدائن غير موجود . أو أنه نشأ عن تصرف باطل ، لم يجز له أن يسترد المقابل وان كان له أن يطالب بثمنه (٥) ؛ فيما تسمح قواعد الوفاء بمقابل — على العكس — بهذا الاسترداد ، من طريق دعوى

(١) في هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ . د. البيراروي بند ٢٤٦ .
د. محمود جمال الدين زكي بند ٥٧٩ .
(٢) في هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ .
(٣) انظر في هذا المعنى . جوجلار بند ٨٩٣ .
(٤) في هذا المعنى : كولان وكابينان ودي لابوراتدير بند ٦٢٩ .
جوجلار بند ٨٩٣ ، ايمسار . تعليق على نقض فرنسي تجاري ،
١٩٧٢/٦/٢٠ (د. ١٩٧٣ — ٣٢٥) .
(٥) في هذا المعنى : مارتي ورينو بند ٥٦٠ « وان كنا يستدركان على ذلك حالة ما اذا كان وجود الدين قد اشترط كشرط للبيع » .

رد غير المستحق (١) .

٣٨٣ — والرأى السائد أن الوفاء بمقابل هو نظام قانونى مركب ،
أو مختلط : إذ هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية .
ويعنى ذلك أن الدين الأصلي فيه لا ينقضى بالوفاء ، ولا بالمقاصة ،
وانما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلي
فينقضى بالوفاء به عينا من طريق نقل ملكية الشيء البديل . على أن
تتم العمليتان ، عملية التجديد والوفاء بالالتزام الجديد ، فى نفس
الوقت (٢) .

احكام الوفاء بمقابل فى صورته الفائقة :

٣٨٤ — واجهت أحكام الوفاء بمقابل المادة ٣٥١ سابقة
الذكر ، وذلك فى الفرض الغالب الذى يقع فيه ، حين يعرض الدين

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، د. سليمان مرقس ١٩٦١
بند ٨٣٨ ، د. البدراوى بند ٣٤٦ ، وانظر فى عيب آخر لهذا التكييف
أشار إليه د. السنهوري ج ٣ بند ٤٧٨ . كذلك يصيب مارتى ورينو
على هذا التصوير أنه يجرى بشكل مصطنع ، على وقتين ، عملية ،
هى بوضوح عملية واحدة فى قصد المتماقدين بند ٥٩٠ .

(٢) من هذا الاتجاه فى مصر : د. السنهوري ج ٣ بند ١٨٠ ،
د. عبد الفتاح عبد الباقي بند ٢٨١ ، د. اسماعيل غانم بند ٢٥١ ، ومن
الفقه الفرنسى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير
بند ٦٢٦ ، جوسران بند ٩٢٨ وقريب : كاربونييه بند ١٢٨ ،
ص ٤٧١ ؛

وانظر — مع ذلك — تكييف الدكتور البدراوى له بأنه « عقد خاص ،
يقصد به تمليك عين فى مقابل دين » بند ٣٤٧ .

(٣) وبشبه الفقه الفرنسى الى ان واضع مجموعتهم المدنية ،
يقدمون الوفاء بمقابل — اخذا بتقاليد القانون الفرنسى القديم — بحسابه
وفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكنه وفاء استثنائى ، أو بعبارة
أخرى من نوع خاص ، لخروجه على المادة ١٢٤٣ حيث أنه يقضى على الدين
ليس بذات الشيء المستحق كما تستوجب هذه المادة ، وانما بالشيء
الذى يقدمه المدين كمقابل .

انظر : جوجلار بند ٨٩٤ (وهو يصفه تبعا لذلك بأنه وفاء خاص جدا
Payement très Partieulier) ، وانظر ستارك بند ٢٣٨٧ الذى
يرى فيه يشبه التجديد بتغيير المحل ، ولكنه يمكن تقريبه أيضا من البيع
أو المقايضة .

على - أنه نقل ملكية شيء في مقابل الدين . فتتضت بأنه لا يسرى على
الوفاء بمقابل فيما اذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ؛
أحكام البيع . وبالأخص بما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين . وضمان
الاستحقاق وضمان العيوب الخفية • ويسرى عليه من حيث أنه يقتضى
الدين ، أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع والانتضاء
التأمينات » •

فكان أحكام الوفاء بمقابل . في صورته الغالبة ، هي بموجب هذا
النص . مزيج من أحكام البيع وأحكام الوفاء ، وذلك على التفصيل
التالى :

(١) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع :

٣٨٥ - يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع : فكرة ضمان
الاستحقاق • فإذا كان الشيء الذى نقل المدين ملكيته للدائن كمقابل
للوفاء ، غير مملوك له ، ومن ثم استحق فى يد الدائن ، كان لهذا الأخير
أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، تماما كما يرجع المشتري على
البائع • ولكن الدين الأصلي لا يعود • حين أنه لو طبقنا أحكام الوفاء
في هذا الفرض . لكان للدائن : اذا استحق الموفى به تحت يده ، أن
يعود الى مطالبة المدين بالدين الأصلي ، حيث لم ينقض هذا الأخير •
اذ يشترط في الوفاء حتى يقتضى الدين ، أن يكون الشيء الموفى به مملوكا
للمدين •

كما يسرى عليه من أحكام البيع أيضا ، فكرة ضمان العيوب
الخفية (١) • وكذلك ضرورة تسجيل العقد المتضمن للوفاء

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنسب ٦٢٩ ،
وانظر — مع ذلك — نقض فرنسي (عرائض) ١٩٠٣/٣/٢٤ (د . ١٩٠٤ —
١ — ٤٨١) •

بمقابل (١) ، حتى يمكن ترتيب أثره ، اذا كان محل هذا الوفاء عقارا .

وفضلا عما تقدم ، يشترط في الوفاء بمقابل ، أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين ، وأن يكون المدين أهلا للتصرف في الشيء (٢) الذي يقدمه كمقابل للوفاء .

(ب) ما يسرى على الوفاء بمقابل من احكام الوفاء :

٣٨٦ — يترتب على الوفاء بمقابل ، انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي ، حتى ولو كان الموفي غير مالك للمقابل الذي أوفى به . وقد حرص المشرع على النص على هذا الأثر صراحة في خصوص الكفالة ، حين نص في المادة ٧٨٣ مدني بأنه « اذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » (٣) .

كما يسرى عليه من أحكام الوفاء ، ما قرره المشرع في خصوص تعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) ، عندما يكون للدائن في ذمة المدين عدة ديون .

المبحث الثاني

التجديد

La novation

التعريف به ، ومدى اهميته :

٣٨٧ — يقصد بالتجديد ، الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله ، ويختلف عنه ، اما في محله أو في مصدره ، أو في أحد طرفيه . أو هو بعبارة أخرى ، تحويل اتفاق

(٢٤١) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، جوجالار بند ٨٩٩ .

(٣) وتتغى بنفس الحكم أيضا المادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي ، وانظر

في تطبيق لها : نقض فرنسي ٢٣/١٠/١٨٨٨ (د . ١٨٨٩ — ١٠ — ١٦٧) .

في أحد العناصر الجوهرية للالتزام الأصلي . بهدف انشاء التزام جديد يحل محله .

٣٨٨ — ونظام التجديد ، بما يؤدي اليه من امكان تغيير الدائن أو المدين ، كانت له أهميته في القانون الروماني ، الذي كان ينظر الى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، يستحيل حوالتها الى شخص آخر والا انهارت هذه الرابطة ^(١) . أما اليوم فان أهميته قد تناقصت الى حد بعيد ، بحيث يندر في الواقع اللجوء اليه في العمل . خاصة في الشرائع التي تعرف حوالة الدين الى جانب حوالة الحق ، كما هو الحال في القانون المصري ^(٢) . غنى هذه الشرائع . يغني نظام الحوالة عن تجديد الالتزام بتغيير أحد طرفيه . كما أن نظام الوفاء بمقابل قد يؤدي نفس الدور الذي يؤديه التجديد بتغيير الدين . وقد ساعد على تناقص أهمية التجديد ان انقضاء . في بعض الصور . قد يستلزم من الشروط ما هو أكثر من شروط انقضاء الشرائع . كما أنه يفقد الدائن الجديد من المزايا ما يخلل بشيء للمحال له في حوالة الحق ، وذلك على التفصيل الذي سنراه فيما بعد .

تقسيم :

ونقسم الدراسة في التجديد الى مطلبين ، نخصص أولهما لشروطه ، لنكرس الثاني لآثاره .

(١) راجع في تفاصيل ذلك ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٩ .

(٢) ونظرا لأن القانون الألماني يعرف حوالة الدين ، الى جانب حوالة الحق ، فان الملاحظ أن المجموعة المدنية الألمانية لم تذكر نظام التجديد ، واستغنت بالحوالتين عن التجديد بتغيير الدائن والتجديد بتغيير المدين . أما الفرض الخاص بالتجديد بتغيير الدين فقد جعلت منه حالة خاصة من حالات الوفاء بمقابل (في المادة ٣٦٤ - ٢) . راجع في هذا الشأن جوجلار بند ١٢٠٩ .

(٣) ونظرا لأن القانون الفرنسي لم ينظم حوالة الدين ، فان الفقه هناك يرى أن التجديد ما تزال له أهميته في هذا القانون ، في مجال تغيير المدين . انظر جوجلار بند ١٢٠٩ .

المطلب الأول

شروط التجديد

٣٨٩ — لما كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، عن طريق الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محله ، فإنه يفترض توافر شروط ثلاثة : وجود التزام قديم ، ونشوء التزام جديد ، واتجاه النية ، عند الاتفاق على التجديد ، الى احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ، وهو ما يعبر عنه بنية التجديد •

اولا — ضرورة وجود التزام قديم :

٣٩٠ — لما كان الالتزام الجديد لا ينشأ الا بغرض أن يحل محل التزام قديم . بما يجعل من التجديد — كما سبق أن أشرنا — طريقا من طرق انقضاء الالتزام : فإنه لا يمكن تصور وجود التجديد اذا كان الالتزام القديم نفسه غير موجود ؛ لأن الاتفاق الذي أنشأ الالتزام الجديد سوف يعتبر — بالضرورة — باطلا في هذه الحالة ، لتخلف سببه • ويتفرع على ذلك ، أن الاتفاق على التجديد يبطل اذا كان الالتزام القديم قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو كان قد نشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا ، اذ يعتبر معدوما في نظر القانون (١) .

ولما كان التصرف القابل للإبطال يعتبر موجودا من الوجهة القانونية الى أن يقضى بإبطاله ، فإنه يجوز بالتالى تجديده . وان كان مصير هذا التجديد سيكون مرهونا بمصير الالتزام القديم • فإذا أبطل التصرف مصدر هذا الالتزام ، بطل التجديد تبعاً لذلك • اللهم

(١) بما يترتب عليه عدم صلاحيته للتجديد ، انظر في هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السفة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ ، نقض ١٩٧٤/١٢/٨ المجموعة ٢٥ — ٥٩ — ٣٥٨ ، وانظر أيضا حكمها الصادر في ١٩٧٥/٥/٢ وقد جاء فيه أن : القضاء نهائيا برفض دعوى صحة التعاقد ، تأسيسا على تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن ، يترتب عليه امتناع الادعاء بانقضاء الالتزام بدفع الثمن بتجديده ، المجموعة ٢٦ — ١٩٨ — ١٠٤٠ . وانظر من الفقه الفرنسى : جوجيلار بند ١٢١٥ .

الا اذا كان التجديد قد تم مع الطرف الذى كانت قابلية التصرف
الأصلى للإبطال مقررة لمصلحته ؛ ذلك أن اقدامه على التجديد رغم علمه
بحقه فى طلب الإبطال ؛ يعتبر اجازة ضمنية للتصرف القابل للإبطال ؛
فيستقر التجديد . وفى هذا الشأن تقضى المادة ٢/٢٥٣ مدنى بأنه
« اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال ؛ فلا يكون
التجديد صحيحا ؛ الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وأن
يحل محله » (٢١) .

ثانيا — ضرورة نشوء التزام جديد :

٣٩١ — ويفترض هذا الشرط من ناحية . أن ينشأ التزام يحل
محل الالتزام الأصلى ؛ وأن يكون هذا الالتزام ؛ من ناحية أخرى ؛
جديدا ؛ يختلف عنه فى أحد عناصره .

(١) نشأة التزام يحل محل الالتزام الأصلى :

٣٩٢ — ان الالتزام الأصلى فى التجديد لا ينقضى الا لنشأة
التزام جديد يحل محله . ومن ثم فلا يتصور التجديد ؛ ويبقى الالتزام
القديم قائما ؛ اذا لم ينشأ الالتزام الجديد .

وعلى ذلك ؛ فاذا كان الاتفاق على انشاء الالتزام الجديد باطلا
بطالانا مطلقا ، أى لا وجود له فى نظر القانون ؛ فلا يتجدد الالتزام

(١) ورغم ان المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصوصا مماثلا ؛
الا أن الفقه الفرنسى يسلم أيضا بنفس الحكم ؛ انظر مثلا : جوجلار بند
١٢١٥ ، ستارك بند ٢٣٦٤ ؛ مارتى ورينو بند ٨٣٤ ، كاربونيه بند ١٣٥
ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ (وهو يشترط — بحق — أن يكون سبب الإبطال قد زال
عند الاتفاق على التجديد) .

(٢) راجع فى امكان تجديد الالتزام الشرطى ؛ حيث يكون الالتزام
الجديد شرطيا هو الآخر : جوجلار بند ١٢١٥ ، مارتى ورينو بند ٨٣٤
« ما لم يكن الطرفان قد قصدا بوضوح أن يستبدلا بالالتزام الشرطى القديم
التزاما بسيطا جديدا » .

وراجع فى الشك فى امكان تجديد الالتزام الطبيعى : مارتى ورينو
بند ٨٣٤ .

القديم ، ويظل باقيا على أصله ^(١) . وفي هذا المعنى تقضى المادة ١/٣٥٣ بأنه : « لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » ، أما اذا كان هذا الاتفاق قابلا للإبطال ، وقع التجديد صحيحا ، وان ظل مصيره مرهونا بمصير هذا الالتزام الجديد ، فإذا أبطل هذا الاتفاق ، بقى الالتزام القديم على حاله ^(٢) . ولما كان من شأن فسخ التزام ما أن يزول بأثر رجعي ، ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ؛ فإنه اذا ما فسخ الالتزام الجديد ، فإن التجديد يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يعود الالتزام القديم الى الظهور ^(٣) .

(ب) اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم :

٣٩٣ - ويفترض التجديد ، كما يدل على ذلك اسمه ، أن يكون هناك تحويل في الالتزام القديم ، بحيث تتغير أحد عناصره الجوهرية : فاما أن يتغير الدائن ، أو يتغير المدين ، أو يتغير الدين ذاته بتغيير محله أو مصدره ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - التجديد بتغيير الدائن :

٣٩٤ - وهو يتم وفقا للمادة ٣/٣٥٢ « اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد » .

(١) انظر : من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٦/١١/٢٨ (ج . ب ١٩٧٠ - ١ - ملخص - ١٨ ، د . ١٩٧٠ - ملخص - ١٠٥) ، نقض ١٩٣٩/٣/١٤ (ج . ب ١٩٣٩ - ١ - ٧٦٣ ، ر . ت ١٩٣٩ - ٧٧٢) .
(٢) وانظر - مع ذلك - ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من انه اذا ما كان بطلان الالتزام الجديد يرجع الى تدليس أحد المتعاقدين ، فإنه اذا ما قضى بإبطاله بنسأءا على طلب المدلس عليه ، فإن الالتزام القديم لا يعود الى الظهور ، ما دام الطرفان قد اتفقا على انتقضائه : نقض ١٩٧٠/٥/٥ (ج . ب ١٩٧٠ - ٢ - ملخص - ٥٦) ، وانظر في تعجب ستارك من مثل هذا القضاء بند ٢٣٦٩ .

(٣) في هذا المعنى : جوجلار بند ١٢١٦ ، مارتى وريينو بند ٥٦٠ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٣٩/٣/١٥ (ج . ب ١٩٣٩ - ١ - ٧٦٣) .

ويبدو - على الفور - الفرق في طريقة الانعقاد بين هذه الصورة من التجديد وحوالة الحق ، رغم أن شخص الدائن الأصلي في كليهما هو الذى يلحقه التغيير . نرى التجديد بتغيير الدائن - يلزم أن يشترك المدين في استبدال شخص الدائن . حين أنه لا يلزم في حوالة الحق موافقة المدين ، وان لزم اعلانه بالحوالة . بل ويختلف النظامان في الآثار : اذ يصل الدائن الجديد - في الحوالة - في ذات الحق الذى للدائن القديم ، بما يجعل من حقه أن يفيد من التأمينات التى كانت تضمن هذا الأخير . حين أنه يترتب على التجديد - من حيث الأصل - انقضاء الدين القديم ختول معه تأميناته . الأمر الذى يجعل الدائن الجديد يفضل حوالة الحق على التجديد .

٢ - التجديد بتغيير المدين :

٣٩٥ - وهو يتم وفقا للمادة ٢/٣٥٢ باحدى طريقتين :

- أن يتفق « الدائن مع أجنبى . على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلي ، على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه » . ويدلّق على هذه الصورة من صور التجديد التعهد بالوفاء .

- واما أن يحصل « المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى ، قبل أن يكون هو المدين الجديد » . على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي ، فينعقد الاتفاق هنا برضاء الثلاثة ، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً ، الانابة الكاملة .

٣٩٦ - ويظل هناك فارق هام بين التجديد بتغيير المدين

وحوالة الدين ، لما يترتب على الأول من انقضاء الدين القديم نهائياً ، حين يحل المدين الجديد - في حوالة الدين - في ذات هذا الدين ، بصفاته ، وتوابعه ، وتأميناته ، ودفعه .

٣ — التجديد بتغيير الدين :

٣٩٧ — ويرد التحويل هنا على الدين نفسه ، فيتغير محله ، أو مصدره . ومن ثم فالتجديد في هذا الفرض لا يتصور الا بين الدائن والمدين في نفس رابطة الالتزام الأصلية . وفي هذا الصدد ، نقضى المادة ٣٥٢ بتجديد الالتزام بتغيير الدين « اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره » .

ومثال الاختلاف في المحل ، أن يستبدل الطرفان ، بدفع مبلغ من النقود ، نقل ملكية عين معينة أو العكس . وهنا قد يختلط الأمر بفكرة الوفاء بمقابل . حين أنه ، يبقى على العكس ، فارق هام بين النظامين ، في أن الاتفاق على الوفاء بمقابل ، ينفذ فورا ، بتسليم المدين للمقابل الذى يرتضيه الدائن ، فيتم الوفاء على الفور . حين أن التجديد بتغيير المحل ، يقضى على الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله . هذا الالتزام الجديد لا ينقضى من فوره ، وانما يبقى الى حين تنفيذه بدوره على الوجه الذى اتفق عليه الطرفان .

ومثال التجديد بتغيير مصدر الدين ، أن يستبقى المشتري ، أو المستأجر ، دين الثمن أو الأجرة ، على سبيل القرض . حين يفقد البائع والمؤجر ، بهذا التجديد ما كان لهما من امتياز قانونى فى استيفاء هذا الدين .

ثالثا — نية التجديد :

٣٩٨ — لما كان التجديد عقدا ، به يستبدل الطرفان ، بالتزام قديم ، التزاما آخر يحل محله ، فانه ككل عقد ، يلزم فيه أن تتجه نية الطرفين الى هذا الاستبدال . بمعنى الى القضاء على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحل محله . ولا خصوصية للتجديد من هذه الزاوية . ومع ذلك ، حرص المشرع على ابراز هذا الشرط

صراحة : حين نصت المادة ١/٣٥٤ على أن « التجديد لا يفترض : بل يجب أن يتفق عليه صراحة : أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » (٢١) .

ولعل حرص المشرع على هذا الاشتراط : أنه كثيرا ما يدق تحديد نية الطرفين : عندما يتجهان الى انشاء التزام جديد : وما اذا كانا يقصدان من هذا الالتزام أن يحل محل الالتزام القديم ، أو يبقى الى جانبه : أو يقصدان باتفاقهما الى مجرد تأييد الالتزام القديم وتأكيد . ومن ثم فبموجب هذا النص : يشترط أن تبرز نية التجديد بوضوح : وذلك اما بالنص على التجديد صراحة في العقد ، أو باستخلاصه من ظروف تقطع في الدلالة عليه ، والا فان الشك يؤول الى نفيه (٣) .

وقد أكد المشرع هذا المعنى : حين ضمن المادة ٢/٣٥٤ بعض الوقائع التي اعتبرها — بذاتها — غير كافية لاستخلاص نية التجديد . فنصت هذه المادة على ما يأتي : « وبوجه خاص : لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجد قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته :

(١) وان كان ذلك لا يعني ضرورة أن يتضمن اتفاق الطرفين صريح لفظة التجديد . بل لا يلزم — في نظر البعض — أن يذكر الطرفان صراحة انهما يتنازلان عن الالتزام الاول ، انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٦٧ . (٢) وفي هذا المعنى أيضا نص المادة ١٢٧٣ منى فرنسي . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا النص : نقض ١٩٨٣/١/٣١ (د . ١٩٨٣ — أ.ر — ١٨٤) ، نقض (تجاري) ١٩٦٩/٦/٣ (ر.ت ١٩٧٠ — ٣٥١ وتعليق لوسوارن) .

(٣) وبديهي أن مسألة استظهار النية في هذا المعنى هي مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع . انظر في هذا المعنى : نقض فرنسي (عرائض) ١٩٠٨/١٢/٢٨ (د . ١٩٠٩ — ١ — ٢١٤) ، نقض ١٩٢٥/٧/٧ (د . ١٩٢٧ — ١ — ٢٢) ، نقض ١٩٢٨/١٢/١٧ (د . ١٩٢٩ — ٤٩) ، استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠) ١٩٥٧/٣/١١ (ج.ب ١٩٥٧ — ١ — ٣٢٤ ومرافعته كومبالدير) استئناف نانسي ١٩٤٩/١٠/١٩ (د . ١٩٥٠ — ملخص — ١٢) ، استئناف روان ١٩٧٠/٦/١٠ (د . ١٩٧٠ — ٦٤٠) .

ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة » • كما قضت المادة ٣٥٥ في نفس المعنى بأنه :

« — لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار •

٢ — إنما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره » •

وهكذا ينظر المشرع الى هذه الأمور التي وردت في النصين ، على أنها من الأمور الثانوية : بحيث أن ادخالها على الالتزام الأصلي لا يعتبر تحويرا جوهريا فيه ، يمكن أن يستفاد منه التجديد • فكان هذه الوقائع — بذاتها لا تفيد معنى التجديد • اللهم الا اذا وجد اتفاق صريح يقضى بوقوع التجديد لمجرد أمر من هذه الأمور • وهو الاستدراك الذي حرص المشرع على ادراجه آخر المادتين السابقتين •

المطلب الثاني

آثار التجديد (١)

٣٩٩ — يترتب على التجديد من ناحية ، انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، انشاء التزام جديد يحل محله •

اولا — الأثر المسقط للتجديد :

• • • — التجديد — كما سبق أن ذكرنا — طريق من طرق انقضاء الالتزام • فاذا ما تم مستوفيا شرائطه القانونية ، انقضى به الالتزام الأصلي (٢) ، لتسقط معه بالتبعية جميع قوابعه و ضماناته ، وذلك بشكل نهائي لا رجعة فيه • فلا يكون بإمكان الدائن ، اذا لم يف المدين بالدين الجديد ، أن يفيد من الضمانات التي كانت تضمن الالتزام القديم •

(١) راجع في تفاصيل الآثار التي يترتبها التجديد في القانون الفرنسي : جوجلار بند ١٢٢٧ — ١٢٣٠ ، ستارك بند ٢٣٧٠ — ٢٢٧٢ •
مارتى ورينو بند ٨٤٠ ، كاربونييه بند ١٣٥ ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ •
(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠) ، ١١/٣/١٩٥٧ (ج.ب ١٩٥٧ — ١ — ٣٢٤ ومرافعة كومبالديو) •

٤٠١ — ومع ذلك قد يجيز المشرع — استثناء — أن تنتقل التأمينات لتضمن الدين الجديد • مثال ذلك ، ما ورد النص عليه في خصوص الحساب الجارى ، في المادة ٣٥٥/٢ : حين قضت بأنه « ... يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره • على أنه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص • فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » •

وقد تنتقل التأمينات — اتفاقا — لتضمن الدين الجديد • وقد نظم المشرع امكان هذا الانتقال ، حين فرق في هذا الشأن ، بين نوعين من التأمينات : على التفصيل التالى :

(١) التأمينات العينية التى قدمها المدين نفسه :

٤٠٢ — هذه التأمينات يمكن أن تنتقل اتفاقا بموجب المادة ٣٥٧ لتضمن الدين الجديد • على أنه يشترط حتى ينفذ هذا الاتفاق في حق الغير : أن يتم — من ناحية — مع التجديد فى آن واحد • اذ لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات ، فانها تنقضى بالتبعية لانقضاء الدين القديم على أثر التجديد : فلا يمكن بعثها من جديد مرة أخرى • وأن يكون تاريخ كل من التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتا — من ناحية أخرى — بوجه رسمى • كما أنه يلزم فضلا عن ذلك • اذا كان التأمين عقاريا ، أن يؤشر بالاتفاق على نقله ، على هامش القيد الأصلي •

٤٠٣ — غير أن طريقة الاتفاق على نقل هذه التأمينات تختلف حسب الفروض المختلفة للتجديد ، وذلك على النحو التالى :

١ — اذا كان التجديد بتغيير الدين ، فان هذه التأمينات يمكن أن تنتقل ، بالاتفاق بين الدائن والمدين ، وذلك « فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير » م ٣٥٧/١ • فاذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم ، فان التأمين لا يضمن من الدين الجديد الا فى حدود

قدر الدين القديم : وذلك حماية لدائن ذى تأمين عيني قال في المرتبة .
على نفس العقار الذى يرد عليه تأمين الدائن : الذى أجرى التجديد
مع المدين . فلو فرضنا أن (أ) دائر بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويضمن حقه
في مواجهة المدين رهن قدمه هذا الأخير على عقار قيمته ١٥٠٠ جنيه .
وكان ذات العقار مرهونا لـ (ب) وهو دائر تالى في المرتبة لقاء دين
قدره ٥٠٠ جنيه . فاذا جدد (أ) الدين مع المدين ، واتفق على نقل
التأمين ليضمن الدين الجديد ، وكان مقدار هذا الأخير ١٥٠٠ جنيه .
فانه رعاية لحق (ب) ، لا يضمن الرهن من الدين الجديد الا ١٠٠٠
جنيه فقط .

٢ — واذا كان التجديد بتغيير المدين « جاز للدائن والمدين الجديد
أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون رضا المدين القديم »
م ٣٥٧/ب . ومعنى ذلك أن المدين القديم يصبح دون رضائه كفيلا
عنيا للمدين الجديد .

٣ — أما اذا كان التجديد بتغيير الدائن « جاز للمتعاقدين
ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » م ٣٥٧/ج .

(ب) التأمينات المقدمة من الغير :

٤٠٤ — أما التأمينات المقدمة من الغير ، شخصية كانت
(كالكفالة أو التضامن) أو عينية ، فانها لا تنتقل لتضمن الالتزام
الجديد « الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » م ٣٥٨ .

ثانيا - الأثر المنشئ للتجديد :

٤٠٥ — ويترتب على التجديد ، الى جانب أثره المسقط ، انشاء
التزام جديد ، له خصائصه الذاتية المستقلة عن الالتزام القديم .
ولما كان التجديد اتفاقا ، فان الالتزام الجديد يكون دائما التزاما
عقديا . حين أن الالتزام القديم قد يجد مصدره في غير العقد .

ولما كان الالتزام الجديد الذى نشأ ، انما يسقط الالتزام القديم ، فان معنى ذلك ، أن المدين — حين يكون التجديد بتغيير الدائن — لا يعد بإمكانه أن يدفع فى مواجهة الدائن الجديد ، بالدفع التى كان يمكن أن يديها فى مواجهة الدائن الأسمى . مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه ، من ضرورة أن يكون الالتزام القديم قد نشأ على نحو صحيح . والا فإذا كان يجد مصدره فى تصرف باطل . فيبطل التجديد تبعاً لذلك ، فان المدين يستطيع أن يدفع بهذا البطلان . كما أن للمدين . اذا كانت قابلية الالتزام الأسمى للإبطال مقررمة لمصلحته . أن يطلب إبطاله ، فيسقط التجديد بالتبعية لإبطال العقد الأسمى . ما دام أنه لم يستخلص من التجديد اتجاه نية المدين الى التنازل عن حقه فى الإبطال .

المبحث الثالث

الانابة فى الوفاء

La délégation

تعريفها :

٤٠٦ — الانابة فى الوفاء هى عمل قانونى . بموجبه يلتزم شخص أجنبى عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائنه ، وذلك باتفاق ثلاثتهم .

فإذا كان مؤدى هذا الاتفاق أن تبرأ ذمة المدين ، ويتحمل هذا الأجنبى الدين عنه ، كانت الانابة كاملة . أما اذا لم يتضمن الاتفاق هذا المعنى ، تحمل هذا الأجنبى الدين الى جانب المدين ، وكانت الانابة ناقصة .

وتتميز الانابة — وهى فى ذلك تختلف عن حوالة الدين — بوجود ثلاثة أطراف منذ البداية . المدين ، ويقال له (المنيب) ، والأجنبى عن الدين ، ويقال له (المناب) ، والدائن ، ويقال له (المناب لديه) .
(م ٢٠ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

الفرض منها :

٧٠٤ — ويغلب في الانابة أن تكون هناك علاقة سابقة بين المنيب والمناب ، يكون فيها الثانى مدينا للأول • فيحصل المنيب على رضا دائنه (المناب لديه) بالتزام المناب بالوفاء بالدين بدلا منه ، ويرتضى المناب تحمل هذا الالتزام قضاء لدينه بدوره في مواجهة المنيب • فإذا اتفق ثلاثتهم ، انقضى بعملية واحدة ، دين المناب في مواجهة المنيب ، ودين المنيب في مواجهة المناب لديه • ونشأ محل هذين الدينين علاقة واحدة بين المناب والمناب لديه •

غير أن علاقة المديونية هذه ، ليست شرطا للانابة • وفي هذا المعنى تقضى المادة ٣٥٩/٢ مدنى بأنه « ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى » • ولذلك ، فقد يقصد المناب من قبول الانابة ، اما التبرع بقيمة ما يلتزم به في مواجهة المناب لديه للمنيب ، أو الى اقراضه هذه القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك •

نوعاها :

٨٠٤ — تكون الانابة ، كما سبق أن ذكرنا — اما كاملة أو ناقصة •

اولا — الانابة الكاملة :

٩٠٤ — تكون الانابة كاملة ، اذا تضمن الاتفاق عليها ، أن تبرأ ذمة المدين الأصلي (المنيب) في مواجهة الدائن (المناب لديه) وذلك بحلول المناب محله • وهى بهذا الشكل تتضمن معنى تجديد الدين بتغيير المدين • ولعل هذا هو السبب الذى جعل المشرع يعالج الانابة (في صورتها) في الفصل المخصص لتجديد الالتزام •

وتفترض الانابة الكاملة — تماما كما يفترض التجديد — توافر الشروط التالية :

١ — أن يكون الاتفاق عليها صريحا : أى قاطعا فى الدلالة على أن ذمة المدين (المنيب) ستبرا بالانابة ، فى مواجهة الدائن (المناب لديه) : لأن التجديد — كما سبق أن ذكرنا — لا يفترض • ومع ذلك . فقد حرص المشرع على ابراز هذا الشرط ، حين قضى فى المادة ٢/٣٦٠ بأنه « ... لا يفترض التجديد فى الانابة » (١) .

٢ — أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا م ١/٣٦٠ • وهذا الشرط تقتضيه — بدوره — فكرة التجديد ، ما دام أن الالتزام القديم لا ينقضى — فى التجديد — الا بنشوء التزام جديد يحل محله • الأمر الذى يفترض أن يكون هذا الأخير صحيحا • وعلى نفس النسق ، لا تبرأ ذمة المدين الأصلى (المنيب) فى مواجهة الدائن (المناب اليه) الا اذا كان الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا •

٣ — « ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة » م ١/٣٦٠ • ورغم ما قد يبدو للوهلة الأولى ، من أن هذا الشرط مما تنفرد به الانابة الكاملة ، الا أن تحليله ، يظهر فى الواقع ، امكان رده الى شرط نشوء الالتزام الجديد ، حتى يمكن أن ينقضى الالتزام القديم فى خصوص التجديد • فالأثر المسقط للتجديد ، يفترض كما سبق أن ذكرنا — ضرورة نشوء الالتزام الجديد ، والا فاذا نشأ هذا الأخير قابلا للإبطال لمصلحة الدائن : كان له أن يبطله ، ليرجع بدينه على المدين القديم • باعتبار الالتزام القديم لم ينقض • وعلى نفس النسق ، اذا كان المناب معسرا وقت الانابة ، فلا يعقل أن يقبلها المناب لديه الا عن غلط فى ملأة المناب • فيكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب لديه قد نشأ قابلا للإبطال لمصلحته • فيكون التجديد فى الانابة قابلا للإبطال بدوره ، بما يسمح للمناب لديه أن يرجع على مدينه الأصلى (المنيب) •

(١) وعلى نفس النسق تقريبا يجرى نص المادة ١٢٧٥ مدنى

فرنسى •

ثانياً — الانابة الناقصة :

• { ١ } — اذا لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد الالتزام بتغيير المدين في الانابة ، وقعت هذه الأخيرة ناقصة ^(١) . وهذا هو الأصل في الانابة ، اذ يغلب ألا يقبل الدائن (المناب لديه) بهذا النظام ، براءة ذمة مدينه الأصلي (المنيب) . وانقضاء التزامه . ويكون مؤدى الانابة في هذه الصورة . أن يبقى المدين الأصلي (المنيب) ملزماً بالمدين الى جانب المناب له ، مواجهة المناب لديه : بما يجعل للانابة هنا دور التأمين الشخصي : اذ يصبح للدائن مدينين : المدين الأصلي (المنيب) ، والمدين الجديد (المناب لديه) . ويكون له أن يرجع على أى منهما بحقه . وهذه صورة من صور الالتزام التضامنى الذى يتميز عن الالتزام التضامنى بتعدد المصدر فيه . وهنا اذا كان محل التزام كل من المدين الأصلي (المنيب) والمدين الجديد (المناب) واحداً . وكان من حق الدائن أن يرجع على أيهما ، الا أن لالتزام كل مدين منهما مصدراً مستقلاً عن التزام الآخر : فالتزام المدين الأصلي يجد مصدره فى العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن ، أما مصدر التزام المدين الجديد فهو عقد الانابة . حين يفترض الالتزام التضامنى — على العكس — وحدة مصدر الالتزام الذى يتضامن المدينون جميعاً فيه ، ولغائه للدائن .

فاذا اختار الدائن أن يرجع على المدين الجديد (المناب) ، وأوفى هذا الأخير بالمدين ، انقضت ديون ثلاثة : دين المناب فى مواجهة المناب لديه ، ودين المنيب فى مواجهة المناب لديه : ودين المناب فى مواجهة المنيب اذا كانت بينهما علاقة مديونية سابقة هى التى شكلت أساس قبول المناب لتحمل دين المنيب .

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : حكمى استئناف ليون فى ١٩٨٢/٤/٢٠ ، ١٩٨٢/٢/٢٥ (د . ١٩٨٣ — ٥٨٦ وتعليق لاندرو) . نقض ١٩٧٠/٦/٥ (د . ١٩٧٠ — ٧٢٧) .

تجرد التزام المنساب من السبب في مواجهة المناب لديه :

(١١) — تقضى المادة ٣٦١ بأنه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا . ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع • ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ••• » •

ومؤدى هذا النص : أن التزام المناب في مواجهة الدائن (المناب لديه) ، سواء كانت الانابة كاملة أم ناقصة ، هو التزام مجرد عن السبب ، ما دام أنه يمتنع على المناب — بموجب هذا النص الذى يجرى على خلاف القواعد العامة — أن يتمسك في مواجهة المناب لديه بأى دفع ينشأ عن العلاقة التى تربطه بالمنيب • فيظل المناب ملتزما بالدين في مواجهة المناب لديه ، ولو كانت علاقة المديونية السابقة التى تربطه بالمنيب . والتى على أساسها قبل الانابة ، علاقة مشوبة بالبطلان ، أو كان دينه في مواجهة المنيب قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء • ولا يبقى للمناب — في هذه الحالة — سوى أن يرجع على المنيب الذى أوفى عنه . بالدعوى الشخصية المقررة لكل من يوفى دين غيره ، والتى تتأسس اما على أساس الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب على حسب الأحوال •

وقد قصد المشرع بتجريد التزام المناب في مواجهة المناب لديه ، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها • ومن ثم كانت للانابة أهميتها في المعاملات التجارية ، حيث لا يضطر المناب لديه أن يتحرى صحة العلاقة بين المنيب والمناب •

على أن نص المادة ٣٦١ قد أجاز أن يجرى الاتفاق على غير ذلك • ومن ثم يصح — وتجريد الانابة من الدفع هو مبدأ مقرر لمصلحة المناب لديه — أن ينزل هذا الأخير عنه ، ليقبل من المناب أن يكون له الحق في أن يدفع في مواجهته بجميع الدفع التى تكون له في علاقته بالمنيب •

المبحث الرابع

المقاصة

La Compensation

التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها ، وتمييزها عن غيرها ، وأنواعها :

١٢ — المقاصة هي طريق من طرق انقضاء الالتزام . حين يصبح الدين دائئا لدائنه ، فينقضى الدين بقدر الأقل منهما (١) . ليتعين على الدين بالجزء الباقي أن يفي به بالطريق العادي .

١٣ — فالمقاصة بهذا الشكل تقوم بوظيفة الوفاء المزدوج : اذ تنقضى على الدين الأقل كلية ، وتنقضى جزئيا على الدين الأكبر . ومثال ذلك أن يكون (أ) دائن لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ثم يصبح (ب) دائن لـ (أ) بمبلغ ٦٠٠ جنيه . فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، لينقضا بقدر الأقل منهما ، فلا يبقى على (ب) واجب الوفاء ، سوى مبلغ ٤٠٠ جنيه . وهي بهذا الشكل توفر في استعمال النقود وفي تحركها ، الأمر الذي يجعل لها دورا بالغ الأهمية في العلاقة التجارية والمصرفية (٢) .

ويلاحظ في المثال السابق ، أن حق (أ) في مواجهة (ب) قد انقضى جزئيا بوقوع المقاصة في جزء منه ، ومن ثم تكون المقاصة ، كما سبق أن ذكرنا أحد الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم تجزئة الوفاء .

غير أن المقاصة ، فضلا عن كونها أداة وفاء ، تعتبر من ناحية أخرى أداة ضمان ، ما دام أنها تخول الدائن أن يستأثر بالدين الذي في ذمته للطرف الآخر ، دون غيره من دائني هذا الأخير ، وذلك عن

(١) وقد عرفها جوجلار — تبعا لذلك — بأنها عملية « طرح قانونية

une Soustraction Juridique » . جوجلار (دروس مازو)

بند ١١٤٢ .

(٢) انظر جوجلار بند ١١٤٥ .

طريق خصم ما له من حق في مواجهته : مما هو مدين به نحوه (١) ، الأمر الذي يقيه احتمال اعسار هذا المدين ومزاحمة سائر دائنيه له . ففى المثال سابق الذكر ، يخضم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه التى أصبح مدينا بها لـ (ب) من حقه فى مواجهة هذا الأخير . فكأنه بهذا الشكل : يستوفى هذا المبلغ من ذمة (ب) المالية مفضلا عن سائر دائئى (ب) الآخرين . وبالمقابلة ، يخضم (ب) من دينه فى مواجهة (أ) : وهو الـ ١٠٠٠ جنيه ، مبلغ ٦٠٠ جنيه الذى أصبح دائئا به له . فكأنه بهذا الشكل يستوفى هذا المبلغ مفضلا عن سائر دائئى (أ) .

٤١٤ — والنظر الى المقاصة باعتبارها أداة ضمان ، يقرب بينها وبين الحق فى الحبس ، ما دام بإمكان الحابس ، كما سبق أن بينا — أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة دائئى المحبوس ضده ، بما يجعل له من الناحية الفعلية الأولوية على هؤلاء الدائئى فى استيفاء حقه من المحبوس ضده . كما يقرب بينها كذلك وبين الدفع بعدم التنفيذ ، حين يكون من حق الدافع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المدفوع فى مواجهته (٢) .

أما بالنظر الى المقاصة باعتبارها أداة وفاء . أو بعبارة أخرى ، سببا لانقضاء الالتزام ، فانه — على العكس — يباعد بينها وبين كل من الحبس والدفع ، ما دام أن كلا هذين الأخيرين لا يعدو أن يكون

(١) وهذه الوظيفة للمقاصة — بما تخوله للدائن من أولوية على غيره من دائئى مدينه — هى التى تفسر — فى نظر البعض — تردد التشريعات ازاءها ، واحاطتها بالعديد من الشروط . انظر جوجلار بند ١١٤٥ .

(٢) راجع فى التفرقة بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ :

PILLEBOUT (J.F) : Recherches sur l'exception d'inexécution. 1971 Spéc No. 58 et S.

وراجع فى التفرقة بينها والحق فى الحبس : كاربوتيه بند ٢٣٢ ص ٨٣ ، وفى التفرقة بينها وكل من الفكرتين : د. السنهوري ج ٣ بند ٥٢٦ ، وراجع — بوجه عام — فى الطبيعة القانونية للمقاصة : مارتى ورينزو بند ٦٣٦ ، جوسران بند ٩٣٤ ،

MENDEGRIS (R) : La nature Juridique de la Compensation. 1969

امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام . ولا ينقضى بهما التزام الحابس بالرد أو التزام الدافع بتنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر .

غير أنه أيا ما كان وجه التقارب بين المقاصة والحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ ، إلا أنها — فضلا عن اختلافها عنهما في الأثر على نحو ما سبق بيانه — تختلف عنهما كذلك في النطاق والشروط : على نحو ما سيتضح من خلال ثنايا هذه الدراسة .

٤١٥ — هذا ويشترط المشرع في المادة ٣٦٢ مدنى عدة شروط ، اذا توافرت ، تعين على القاضى أن يحكم بوقوع المقاصة متى تمسك بها من له مصلحة فيها ، ليرجع أثر المقاصة الى الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط ، لا الى وقت التمسك أو حكم القاضى بها . وتسمى المقاصة عندئذ ، بالمقاصة القانونية .

غير أن عدم توافر بعض هذه الشروط — ابتداء — لا يحول بين ذوى الشأن وبين الاتفاق على ايقاع المقاصة ، حين تسمى في هذه الحالة بالمقاصة الاتفاقية . كما أنه لا يحول أيضا بين ذى المصلحة وبين أن يطلب من القضاء أن يذلل له ما يعترض وقوع المقاصة القانونية . فإذا استجاب القاضى لطلبه ، حكم بوقوع المقاصة ، حين تسمى هنا بالمقاصة القضائية . وهى لا تعدو — كما سنرى فيما بعد — أن تكون نوعا من المقاصة القانونية ، ما دام أن حكم القاضى لا يعدو أن يكون مقررًا وليس منشأ لها .

تقسيم :

ونوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين : نخصص الأول للمقاصة القانونية : لنكرس الثانى لكل من المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية .

المطلب الأول المقاصة القانونية

تقسيم :

- نعرض في هذا المطلب . لشروط المقاصة القانونية : وأحكامها .
- كل في فرع مستقل .

الفرع الأول شروط المقاصة القانونية

- ١٦٤ — عرض المشرع لشروط المقاصة في المادة ٣٦٢ مدنى .
- واستعراض هذه الشروط يتضح معه أن بالامكان ردها الى فكرة واحدة ، هى أن المقاصة نوع من الوفاء الذى يقع بقوة القانون .
- أو بعبارة أخرى ، نوع من الوفاء القهرى ^(١) . ويمكن تلخيص هذه الشروط ، فى ضرورة وجود دينين متقابلين ، متماثلين فى المحل . خاليين من النزاع : مستحقى الأداء ، صالحين للمطالبة بهما قضاء . ومتقابلين للحجز . وذلك على التفصيل التالى .

١ — التقابل بين الدينين :

- ١٦٧ — لما كانت المقاصة تقع بين ما هو مستحق على المدين لدائنه ، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، فانها تفترض — عندئذ — تقابل الدينين . بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر .
- فى نفس الوقت ، وبذات السفة ^(٢) . فلا يجوز مثلاً لمن أحال حقه . أن يتمسك — بعد نفاذ هذه الحوالة — بالمقاصة بين ما كان له من حق فى مواجهة المدين . وبين ما نشأ لهذا الأخير من دين فى مواجهته : وذلك لعدم تلاقى الدينين فى نفس الوقت . كما لا يجوز لمدين الشركة أن

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : استئناف باريس ١٩٦٢/١١/٢٩ (د . ١٩٦٣ — ٦٤٩ وتعليق فيرديه (ج . م)) .

يتمسك بالمقاصة بين دينه في مواجهة الشركة وما نشأ له من حق في مواجهة أحد الشركاء بحفته الشخصية . وذلك لأن كلا من الطرفين ليس دائنا ومدينا للآخر بنفس الصفة (١) .

لكن المقاصة تقع . اذا توافر هذا الشرط ، حتى « ولو اختلف سبب الدينين » م ١/٣٦٢ ، أو انقطعت الصلة بينهما . وفي هذا تختلف المقاصة عن الدفع بعدم التنفيذ ، الذي يفترض حتما أن يكون الالتزامين المتقابلين ناشئين من مصدر واحد هو العقد الملزم للجانبين . وعن الحق في الحبس الذي يفترض بدوره وجود ارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

٢ — التماثل بين الدينين في محلها :

١٨٤ — لما كانت المقاصة أداة وفاء ، ينقضى بها حق الدائن ، الذي يتمسك ذو الشأن في مواجهته بالمقاصة ورغما عنه ، وكان من حق كل دائن أن يحصل على ذات ما التزم به المدين في مواجهته ، ولا يمكن جبره على قبول غيره ، فقد اشترطت المادة ٣١٢ لامكان وقوع المقاصة القانونية ، أن يكون موضوع كل من الدينين « نقوداً (٢) ، أو مثليات متحدة في النوع والجودة » . وفيما عدا النقود . والمثليات التي تتحد ، ليس فحسب في نوعها ، وإنما كذلك في درجة جودتها ، لا تقع المقاصة (٣) ، (كما لو كان محل الالتزامين عملاً أو امتناعاً ، ولو تماثلاً) .

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٠٥/٢/٧ .
(د . ١٩٠٥ — ١ — ٤٣٢) .

(٢) وقد اشترطت بعض الأحكام في فرنسا ، أن يكون الدينان النقديان المتقابلان ، من نوع واحد من العملة : انظر : استئناف باريس ١٩٤٣/٢/٥ (ر . ت ١٩٤٤ — ١١٧ وتعليق هـ . وليون مازو) ، استئناف باريس ١٩٤٣/٧/١٩ اثار اليه جوجارل بند ١١٤٨ هامش ٢ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ .
(د . ١٩٨٤ — ٢١٠ وتعليق بريتون) .

٣ - خلو الدينين من النزاع (١) :

٤١٩ - ويحول بين الدينين وأماكن المقاصة بينهما . أن يكون أحدهما متنازعا فيه نزاعا جديا . سواء في وجوده أو في مقداره (٢) .
اذ يلزم في المقاصة ، باعتبارها نوعا من الوفاء الجبرى ، أن يكون كل من الدينين محققا في وجوده . ومحددا في مقداره . فلا تقع المقاصة - على سبيل المثال - بين دين منجز وآخر معلق على شرط واقف .
لأن الثانى - في فترة التعليق - لا يعدو أن يكون مجرد احتمال غير محقق .
كما أن المضرورة . لا يستلزم أن يقاضى بين حقه في الاستيفاء قبل مرتكب الفعل الضار . وبين ما عليه من دين له . لأن دين التعويض . قبل تقديره قضاء أو اتفاقا . لا يكون مؤكدا أو محددا في مقداره .

٤ - استحقاق الدينين للاداء (٤٦) :

٤٢٠ - ولما كان من غير الجائز جبر المدين على الوفاء بالتزامه قبل حلول أجل هذا الالتزام . فانه لا يجوز أن تقع المقاصة بين دين حال وآخر مضاف الى أجل . والا كان معنى ذلك . أن المدين بالتزام حال ، يجبر المدين بالتزام مؤجل . على أن ينفى له بالمدين قبل حلول أجله بطريق غير مباشر ، وهو غير جائز .

(١) راجع . من تطبيقات القضاء المصرى لهذا الشرط : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٤٧ من ٨٢٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ - ١٦٠ - ٩٣٦ ، نقض ١٩٧٢/٣/٣ المجموعة ٢٤ - ٦٧ - ٣٧٢ .

(٢) راجع . من تطبيقات القضاء المصرى لشرط ان يكون كل من الدينين معلوم المقدار : نقض ١٩٧٧/٣/١٠ . نقض ١٩٧٧/٤/٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ سابق الاشارة .

(٣) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٣٠ سابق الاشارة . وفي فرنسا استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢١ (د . ١٩١٢ - ٢ - ٧٦) .

(٤) وفي فرنسا : يستبعد القضاء شرطى استحقاق الاداء وتعيين المقدار . حينما يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين ، بمعنى حينما يكونان ناشئين من رابطة قانونية واحدة . أشار لهذا الاتجاه : جوجلار بنفد ١١٥٠ ، ستارك بند ٢٤٤٩ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٧/١/١٨ د . ١٩٦٧ - ٣٥٨ وتعليق ج - مازو ، ج.ك.ب ١٩٦٧ - ١٥٠٠٥ وتعليق J.A .

غير أنه يجدر التنويه في هذا الصدد . إلى أن الأجل القضائي (نظرة الميسرة) ، أو الأجل الذى يتبرع به الدائن لمدينه . لا يحول دون المقاصة ، اذا أصبح هذا المدين دائئا لدائنه ^(١) . فالقاضى أو الدائن ما منح المدين هذا الأجل الا لضيق ذات يده . فاذا أصبح قادرا على الوفاء . لما نشأ له من حق في مواجهة الدائن . زالت العقبة من طريق المقاصة ^(٢) . وفي هذا المعنى تقضى الفقرة ٢ من المادة ٣٦٢ بأنه : « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

هـ — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء :

٢١٩ — ويبرر هذا الشرط — بدوره — أن المقاصة نوع من الوفاء الجبرى . ويفترض هذا الأخير — بداهة — أن يكون الوفاء واجبا على المدين : بحيث اذا لم يقم به اختيارا أمكن قهره عليه بواسطة القضاء .

ومتى كان ذلك ، فان المقاصة لا تقع بين التزام مدنى وآخر ضيعى ، ما دام أن هذا الأخير لا يمكن جبر المدين على وفائه . ولا بين دين مستحق الأداء ، وآخر سقط قبل ذلك — بالتقادم .

٦ — قابلية كل من الدينين للحجز م/٣٦٤ — ج :

٢٢٢ — فصاحب الحق غير الجائر الحجز عليه ، لا يمكن التمسك في مواجهته بالمقاصة بين هذا الحق وبين ما عليه من دين للمدين به . فلا يجوز للزوج — على سبيل المثال — أن يتمسك بالمقاصة بين ما له من دين في مواجهة زوجته ، وبين ما هو ملتزم به نحوها من دين النفقة التى حكم لها بها : لأن حقها في النفقة من الحقوق التى منع المشرع الحجز عليها . واجازة المقاصة في هذا النوع من الحقوق ،

(٢) في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٤٩ .

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٤٥ .

سوف تهدر — بطريق غير مباشر — الهدف الذي من أجله حرص المشرع على عدم جواز الحجز عليها .

٤٢٣ — فإذا توافرت هذه الشروط ، أمكن وقوع المقاصة القانونية . حتى « ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين » (م ٣٦٣) كل ما في الأمر . أنه يجب على المدين الذي يتمسك بما في هذه الحالة « أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق . أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك » م ٣٦٣ .

الفرع الثاني

احكام المقاصة القانونية

نطاق المقاصة القانونية :

٤٢٤ — الأصل أن المقاصة تجوز في كل الديون (١) . أيا كان مصدرها . الا أن المشرع قد استثنى في المادة ٣٦٤ حالتين . لم يجز فيهما المقاصة : ولو توافرت الشروط السابقة ، وهما :

(أ) « اذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه . وكان مطلوباً رده » .

وهذا الاستثناء يتسق — في الواقع — مع المبدأ المقرر في النزاع الحديثة ، وهو عدم جواز القصاص للنفس . فلا يجوز للدائن بشيء معين : أن يلجأ في سبيل استيفاء حقه . الى اغتصاب شيء مماثل من مدينه ، ليتذرع — بعد ذلك — حين يرجع عليه المدين بالرد : بأن

(١) وانظر فيما تضى به في فرنسا من ان الأصل ان حقوق الدولة لا تتقاضي مع ما عليها من ديون : محكمة السين المدنية ١٩٥٤/١٠/٤ (ج.ب ١٩٥٤ — ٢ — ٣٤٣) ومرافعة بلونديو ، في خصوص عدم تقاضي حق الدولة في الخريبة مع ما عليها من دين للخاضع للخريبة) .

التزامه برد ما غصب . قد انقضى بالمقاصة بينه وبين ما له من حق في مواجهة هذا المدين .

(ب) « اذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال . وكان مطلوباً رده » .

ويجد وهذا الاستثناء تبريره . في أن المودع أو المعير قد ائتمن المودع لديه أو المستعير . على الشيء . فلا يجوز لأى منهما أن يخون الأمانة . ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء أو بدفع التعويض عنه . وبين ما نشأ له من حق في مواجهة المودع أو المعير .

وجوب التمسك بالمقاصة :

٢٥٤ — لا يجوز للقاضي . ولو توافرت شروط المقاصة القانونية ، أن يقضى بها من تلقاء نفسه ؛ إذ « لا تقع المقاصة إلا اذا تمسك بها ^(١) من له مصلحة فيها م ١/٣٦٥ » . فالمقاصة بهذا الشكل ليست من النظام العام .

غير أن ذى المصلحة في المقاصة ليس فقط المدين الذى أصبح دائماً لدائنه ، فقد يتمسك الكفيل ^(٢) ؛ وله مصلحة في ذلك ، بانقضاء دين المدين الذى يكفله ، بالمقاصة بينه وبين حق نشأ لهذا المدين في مواجهة الدائن الذى يرجع عليه . كما يعتبر حائز العقار ذا مصلحة في الدفع بالمقاصة بين الدين الذى يسأل عنه في مواجهة الدائن المبتئن بسبب حيازته للعقار المرهون ، وبين حق نشأ للمدين الراهن في مواجهة الدائن . وفضلاً عن ذلك ، تجيز المادة ٢٨٧ ، في التضامن بين المدينين ، أن يتمسك المدين المتضامن بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن

(١) وقد أجازت محكمة النقض المصرية التمسك بالمقاصة القانونية متى توافرت شرائطها ، في أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أجازت التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . انظر نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/٦/١ (د . ١٩٨٤ — ١٥٢ وتعليق أوبر) .

آخر وذلك بقدر حصة هذا الأخير في الدين التضامنى . وقد سبق
تفصيل ذلك في موضعه (١) .

٢٦٦ — والغالب أن يقع التمسك بالمقاصة في صورة دفع :
يدفع به المدين الذى أصبح دائنا لدائنه . وطالبه هذا الأخير بسداد
الدين . كما أن من المتصور أن يتم التمسك بها بطريق دعوى يرفعها
صاحب المصلحة فيها . وعندئذ يتعين على القاضى — متى توافرت
شروطها . أن يقضى بها : فليس له إزاء طلبها سلطة تقديرية . وحكمه
بوقوعها لا يعدو أن يكون مقررا لها . ولذلك يقال بأن المقاصة هنا تقع
بقوة القانون (٢) ، ومن هنا سميت بالمقاصة القانونية . تميزا لها عن
المقاصة القضائية . وهذه المقابلة بين نوعى المقاصة . صريحة . ان كان
يقصد بها ، أن الأولى ترتب آثارها منذ توافر شروطها . حين أن
الثانية لا ترتب أثرها الا بعد إزالة القاضى ما يعوق اكتمال شروطها .
أما اذا كان المقصود منها : أن حكم القاضى فى المقاصة القضائية يفتىء
هذه المقاصة : حين أنه لا يعدو أن يكون مقررا لها فى المقاصة القانونية .
فان هذه المقابلة تكون — فى الواقع — غير دقيقة كما سنرى فيما بعد .

آثار التمسك بالمقاصة :

٢٦٧ — اذا تمسك بالمقاصة القانونية من له مصلحة فيها ،
وتثبت القاضى من توافر شروطها . ترتب عليها « انقضاء الدينين بقدر
الأقل منهما » (م ٣٦٥ / ١) . وهكذا يجبر الدائن بالمبلغ الأكبر . على
قبول وفاء جزئى لحقه .

٢٦٨ — غير أن هذا الأثر لا يترتب من وقت الحكم بالمقاصة .
ولا من وقت التمسك بها : وانما بأثر رجعى : منذ الوقت الذى يصبح
فيه الدينان « صالحين للمقاصة » م ٣٦٥ / ٢ .

ويترتب على هذا الأثر الرجعى للمقاصة :

(١) انظر سابقا بند ٢٧٠ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٧/٤/٦ سابق الإشارة .

١ — أنه إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة ، ثم وقعت المقاصة .
فإن سريان الفوائد يعتبر قد توقف ليس من وقت الحكم . ولا من
وقت التمسك بالمقاصة . وإنما منذ الوقت الذي اجتمع فيه الدينان
فيالحين لامقاصة بينهما . بحيث لا يجوز للدائن بهذه الفوائد . أن
يطالب بها إلا عن المدة السابقة على تلاقي الدينين .

٢ — أنه إذا كان أحد الدينين « قد مضت عليه مدة التقادم
وقت التمسك بالمقاصة : فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك
بالتقادم : ما دامت المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت
فيه المقاصة ممكنة » م ٣٦٦ . وبموجب هذا النص : الذي لا يعدو
أن يكون تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعي الذي قرره المشرع في المادة
٢/٣٦٥ . يكون المرجع في تحديد ما إذا كان أحد الدينين الذي مضت
عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة : صالحاً للتقاضي بينه وبين
الدين الآخر أم لا : هو بما إذا كان — عند تلاقي الدينين — لا يزال
باقياً لم تكتمل مدة تناديه : فيجوز التقاضي به : أم كانت هذه المدة
قد اكتملت قبل ذلك الوقت : فلا يتلاقى الدينان .

فمثلاً إذا كان لـ (أ) في مواجهة (ب) دين واجب الأداء في
١/١/١٩٧٠ ثم أصبح لـ (ب) في مواجهة (أ) دين واجب الأداء في
١/١/١٩٨٠ . فإذا طالب (ب) بحقه في ١/٢/١٩٨٥ ، وأراد (أ) أن
بدفع هذه المطالبة بالمقاصة ، فإن المرجع في إمكان أو عدم إمكان
ذلك . ليس هو تاريخ التمسك بالمقاصة ، أي ١/٢/١٩٨٥ ، إذ في هذا
التاريخ يعتبر حق (أ) قد مضت عليه مدة التقادم (من ١/١/١٩٧٠
إلى ١/٢/١٩٨٥) : وإنما التاريخ الذي اجتمع فيه الدينان صالحين
للمقاصة : أي في التاريخ الذي نشأ فيه الدين المقابل (وهو
١/١/١٩٨٠) . ففى هذا التاريخ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت
في حق (أ) لدى (ب) [من ١/١/١٩٧٠ إلى ١/١/١٩٨٠] : وعندئذ
يكون له أن يتمسك بالمقاصة .

٤٢٩ — هذا وتنقضى المادة ٣٦٥، ٢ بأنه « ويكون تعيين جبة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء » . ومعنى ذلك . أنه تطبق عند تعدد الديون التي تجوز المقاصة فيها بين الدائرين . ما سبق دراسته من قواعد خصم الديون أو المدفوعات .

عدم جواز وقوع المقاصة اضراراً بالغير :

٤٣٠ — ورد النص صراحة على هذه القاعدة في المادة ٣٦٧/١ : التي تنقضى بأنه « لا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها للغير » . فإذا تعلق لأحد الأغيار حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به ، امتنعت المقاصة : درءاً لما يمكن أن يترتب على وقوعها من اضرار بهذا الغير .

وقد طبق المشرع هذه القاعدة : تطبيقين : ورد أحدهما في الفقرة الثانية من نفس النص : وأفرد للثانية نص المادة ٣٦٨ . ويمكن تلخيص هذين التطبيقين على النحو التالي :

١ — عدم جواز التمسك بالمقاصة اضراراً بالدائن الحاجز :

٤٣١ — اذا « أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين . ثم أصبح المدين دائناً لدائنه : فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز » م ٣٦٧/٢ .

ويجد هذا الاستثناء تفسيره : في أن المقاصة في الواقع هي نوع من الوفاء ، حين أنه لا يجوز ، في حجز ما للمدين لدى الغير ، أن يفى المحجوز لديه ، بالدائن ، للمحجوز عليه : اضراراً بالدائن الحاجز .

فإذا فرضنا أن (أ) دائن لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه . ثم أراد (ج) وهو دائن لـ (أ) أن يوقع حجزاً على ما لمدينه (أ) لدى الغير (ب) . وأوقع هذا الحجز بالفعل . عندئذ يصبح مبلغ الـ ١٠٠٠

(م ٢١ — موجز الأحكام العامة للالتزام)

جنيته ، المحجوز تحت يد (ب) ، محبوسا لمصلحة الحاجز (ج) .
 فلا يجوز لـ (ب) أن يفي به لـ (أ) . ومتى امتنع هذا الوفاء
 المباشر ، تعين أيضا منع الوفاء بطريق غير مباشر . ولذلك فإذا أصبح
 (ب) دائئا لـ (أ) بعد هذا الحجز الذي وقع تحت يده ، فلا يجوز له
 أن يتمسك بالمقاصة بين ما نشأ له من حق في مواجهة (أ) ، وبين ما هو
 مدين به نحوه . لأن في وتويع المقاصة هنا اضرار بالحاجز . كما أن
 فيها معنى الوفاء لـ (أ) بحقه : عن طريق اسقاط ما نشأ لـ (ب) من
 حق في مواجهته . إنما يجوز لـ (ب) بدوره : باعتباره دائئا بما نشأ له
 من حق في مواجهة (أ) . أن يحجز بدوره على ما تحت يده من مال
 لـ (أ) ، فيشترك بذلك مع الحاجز الأول (ج) في قسمة الغرماء .

٢ — عدم جواز التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له :

٤٣٢ — « اذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة
 دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة
 التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ... » م ٣٦٨ .

ولما كان من المسلم به ، أن قبول المدين للحوالة دون تحفظ ،
 يسقط حقه في التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له ، ولو كان يجهل
 أن له في مواجهة دائئه الأصلي حق يمكن التقاضي به ، فإننا نرى
 — مع بعض الشراح — أن هذا الاستثناء لا يجد تفسيره ، فيما يقال
 به عادة ^(١) من أن قبول الحوالة دون تحفظ يعد نزولا ضمنيا من جانب
 المدين عن التمسك بها . وإنما الأولى أن يقال ، بأن المشرع قد قصد
 بذلك ، أن يقيّل المحال له من عناء البحث في العلاقة التي تربط الدائن
 المحيل بالمدين ، وأن يؤمن حقه في مواجهة هذا الأخير الذي كان
 يتعين عليه هو أن يتحرى عن حقوقه في مواجهة دائئه الأصلي ، وأن
 يتمسك بها في الوقت المناسب ، أو على الأقل أن يتحفظ بشأنها حين

(١) انظر مثلا : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٨٤ ، د. البدراوى
 بند ٣٨٧ ، د. جميل الشرقاوى بند ١١٣ .

يقبل هذه الحوالة • أما اذا قبلها دون تحفظ — حتى ولو كان يجب له من حق — فلا يصح أن يلومن الا نفسه • ولا يمكن أن يضار الحال له بهذا الاهمال ؛ وقد كان من حقه أن يطمئن الى الحوالة بعد أن قبلها المدين على هذا النحو ^(١) • ولا يبقى لهذا الأخير في هذه الحالة « الا الرجوع بحقه على المحيل » م ١/٣٦٨ •

غير أن هذا الاستثناء مقصور في الواقع على الفرض الذي تنفذ فيه الحوالة بقبول المدين • « أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ؛ فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » • م ٢/٣٦٨ •

النزول عن المقاصة :

٤٣٣ — لمن له حق التمسك بالمقاصة أن يتنازل عنها ؛ صراحة كان هذا التنازل أو ضمنا • بشرط أن تكون الظروف التي تم فيها التنازل الضمني قاطعة في الدلالة على اتجاه النية اليه • لأن التنازل عن الحق لا يفترض •

غير أن المشرع لم يجز النزول عن المقاصة « قبل ثبوت الحق فيها » م ٣٦٥ — ١ ، أي مقدما وقبل تلاقي الدينين تلاقيا يستجمع شروط المقاصة • وليس معنى هذا الحظر أن المقاصة تصبح من النظام العام ، فقد سبق أن قلنا — على العكس — أنها لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها • كل ما في الأمر أن المشرع قد خشي ؛ لو أجاز مثل هذا الاتفاق المسبق علي النزول عن المقاصة ، أن يصبح أمرا مألوفًا ، يفرضه الدائن — بما له من مركز أقوى • على المدين ؛ فيجزده — مقدما — من حقه في أن يقضى على دينه بما نشأ له من حق في مواجهة الدائن •

(١) انظر في هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بنسب ٢٦٤ • وقرب د. السنهوري ج ٣ بنسب ٥٥٥ •

عدم جواز النزول عن المقاصة اضرارا بالغير (١) :

٣٤٤ — قد يفى المدين بالدين ، رغم علمه بإمكان التمسك بالمقاصة في مواجهة الدائن ، فيعتبر بذلك قد تنازل ضمنا عنها . ولا يبقى له — بعد ذلك — سوى أن يدالب الدائن بحقه الذي كان يمكن له أن يقتضيه مقاصة .

غير أن هذا النزول لا يصح بداهة أن يكون على حساب الغير . ومن ثم فإن القاعدة في هذا الشأن ، هي عدم جواز النزول عن المقاصة اضرارا بالغير .

ويقصد بالغير هنا ، كل من كانت له مصلحة في تمسك المدين بالمقاصة : وهم كفلاء حق هذا المدين ، شخصية كانت الكفالة أم عينية ، والمدين المتضامن في سداده ، وحائز العقار المرهون لضمان هذا الحق ، بل والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل هذا الحق .

وفي هذا الشأن تقضي المادة ٣٢٩ بأنه « إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ... » .

وفاء الدين عن جهل بوقوع المقاصة :

٣٥٤ — أما على العكس : إذا أوفى المدين بالدين ، جاهلا وجود حق له يمكنه أن يقاضى به هذا الدين ، فإنه لا يمكن أن يعتبر متنازلا عن حقه في التمسك بالمقاصة . ومن ثم يجوز له — بعد هذا السداد — أن يعود فيتمسك بالمقاصة ، ليعتبر الدينان قد انقضا منذ تلاقيهما مستجمعين لشروط المقاصة . فيكون المدين بهذا الشكل قد أوفى بما هو غير مستحق عليه ، فيجوز له أن يرفع دعوى استرداداه .

(١) راجع في آثار التنازل عن المقاصة ، بالنسبة للغير :

DRAKIDIS (PH) : Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la Compensation acquise R.T 1955 — 238

غير أن المدين في هذه الحالة ، لن يكون بإمكانه أن يفيد من الضمانات التي كانت تضمن حقه الأصلي : فقد انقضى هذا الحق بضماناته بوقوع المقاصة . ولذلك فقد يرى المدين أن من مصلحته أن يتنازل عن المقاصة . فيعتبر وفاؤه عندئذ صحيحا . ويرجع على الطرف الآخر بما له من حق في ذمته . ومع أنه قد تنازل عن المقاصة هنا : إلا أنه رعاية لحسن نيته ، تجيز له المادة ٣٦٩ أن يتمسك بالتأمينات التي تكفل هذا الحق .

المطلب الثاني

المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

المقاصة الاتفاقية :

٣٦٤ قد لا تتوافر شروط المقاصة القانونية ومع ذلك يتفق الطرفان على ايقاع المقاصة بين ما لكل منهما من حق في مواجهة الآخر وما عليه من دين له . ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحا : طبقا لمبدأ حرية الاتفاقات . وتسمى المقاصة هنا بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية . وهي تتميز عن المقاصة القانونية بأن آثارها لا تترتب إلا منذ تاريخ الاتفاق عليها فلا يتصور فيها الأثر الرجعي الذي يفترض تازقي الدينين مسنجمين لشروط المقاصة القانونية قبل التمسك بهذه المقاصة .

غير أنه يسرى على هذا النوع من المقاصة أيضا قاعدة عدم جواز وقوع المقاصة اضارا بحقوق كسبها الغير .

المقاصة القضائية (١) :

٣٦٧ — قد يحول بين أحد الطرفين وامكان تمسكه بالمقاصة القانونية ، تخلف أحد شروطها المحددة قانونا ، في حقه . فإذا كان

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا النوع من المقاصة ، انظر :

CHABAS (F) : Réflexions sur la Compensation Judiciaire.

J.C.P. 1966 — 1 — 2026

بريور : تعليق بـ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٤٤) ، جافالدا :

تعليق بـ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٦٣٧) ، ج — شيفالييه (ر.ت

١٩٦٥ — ٦٣٧) .

هكذا الشرط من الشروط التي يستطيع القضاء استكمالها ، وهو ما ينحصر في شرط خلو حقه من النزاع . جاز لهذا الطرف أن يطلب الى القضاء ^(١) الفصل فيما يثور حول هذا الحق من نزاع . فاذا ما انتهى هذا الفصل الى أحقيته فيما يدعيه من حق ، أصبح هذا الأخير خاليا من النزاع ، فزالت العقبة التي كانت تحول دون امكان التقاضي به . ويكون القضاء بهذا الشكل هو الذي استكمل شروط المقاصة . ومن هنا جاءت تسميتها بالمقاصة القضائية ، حين أنها في الواقع ليست سوى نوع من المقاصة القانونية ^(٢) ، ما دام أن دور القضاء ينحصر — لا أكثر — في استجماع شروط المقاصة القانونية : بإزالة العقبة من طريق توافر أحد شروطها ^(٣) . فيكون حكم القاضي بالمقاصة مقررًا — في الحقيقة — لها ، وليس منشئًا ^(٤) . واذا كانت المقاصة لا تقع هنا الا من وقت الحكم ، فليس في ذلك من خروج على أحكام المقاصة القانونية ، ما دام

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقاصة القضائية ، باعتبارها طلبا عارضا من المدعى عليه ، فإنه لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تبحثها وأن تفصل فيها من تلقاء نفسها . انظر : نقض ١٩٧٨/١/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٦٣ ص ٣٠٦ ، وراجع في تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٣/٣/١٥ المجموعة ٢٤-٧٧-٤٢٠ ، وانظر أيضا : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ لمجموعة ٢٢-١٣٣-٨١٨ (وقد جاء في الحكم الأخير ان اغفال محكمة الموضوع الرد على الدفع بالمقاصة القضائية لا يعيب حكمها) . كذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز طالب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨-١٦٠-٩٣٦ .

(٢) من هذا الرأي : مارتى ورينو بنس ٦٤٩ ، جوجلار بند ١١٥١ ، وفي مصر : د. اسماعيل غانم بند ٢٦٧ ، د. جميل الشرقاوي بند ١١٤ ويقترب جوسران بند ٩٤٤ .

وانظر عكس ذلك : د. السنهوري ج ٣ بند ٥٦٠ ، د. محمود جمال الدين زكي بند ٥٩٨ ، ويقترب : كسولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣٤٧ .

(٣) وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها ، الى ان نجعل من المقاصة القضائية نظاما مستغلا ، يخضع لطاق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، دون تقييد بأي من شروط المقاصة القانونية . اشارة لهذا الاتجاه ، وانتده : جوجلار بند ١١٥١ ، وانظر من تطبيقاته : حكم نقض ١٩٥٦/٧/١٢ (ج.ب ١٩٥٦ - ٢ - ١٤٩) .

(٤) وعكس ذلك : د. السنهوري ، د. محمود جمال الدين زكي الاشارتان السابقتان .

أنه في هذا الوقت فقط ، يكون الدينان قد التقيا صالحين للمقاصة :
بزوال العقبة التي كانت تحول دون هذا التلاقى (١) .

ومثال هذه الحالة : أن يرفع المؤجر دعوى على المستأجر .
يدالبه بالأجرة ، فيقدم المدعى عليه بدور طلبا عارضا بتعويضه عن
تعرض وقع له من جانب آخر ، وبالمقاصة بين ما له من حق في التعويض
عنه ، وما هو مدين به للمؤجر ، فينزع المدعى في وجود هذا التعرض .
فاذا تبين للقاضي أن الطلب العارض جديا ، لم يقصد به تأخير الفصل
في دعوى المدعى (٢) ، أوقف الفصل في دعوى طلب الأجرة ، إلى أن
يفصل في النزاع حول التعرض ، فاذا ما ثبت هذا الأخير . وتقرر
القاضي التعويض عنه . فأصبح حق المستأجر — بهذا الشكل — خاليا
من النزاع ، حكم القاضي بوقوع المقاصة بين الدينين (٣) .

المبحث الخامس

اتحاد الذمة

La Confusion

المقصود به وحالاته ، وتمييزه عن غيره :

٤٣٨ — يقصد باتحاد الذمة ، أن يجتمع « في شخص واحد

صفة الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد » م ١/٣٧٠ مدنى . وذلك

كأن يتوفى الدائن فيرثه المدين . فتجتمع بهذا الشكل في شخص هذا

الأخير صفتا الدائن والمدين .

(١) راجع بوجه عام في مسألة مبدأ سريان آثار المقاصة القضائية :

LEVY (J. ph) : note J.C.P 1968 — 2 — 15322 .

(٢) وهو ما يدعى أن للقاضي سلطته التقديرية في هذا الشأن ، في

هذا المعنى : كاربونييه بند ١٢٢ ص ٤٨٧ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٢/٧/١٩٥٦

(ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ١٤٩) ، نقض (اجتماعى) ١٩٤١/١/٩ (ج.ب

١٩٤١ — ١ — ١٣١) ، نقض ١٥/٤/١٩٤٢ (ج.ب ١٩٤٢ — ٢ — ٢٢) .

٤٣٩ — ولا يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة فحسب ، بل يتصور أن يقع حال الحياة أيضا ، وان كان ذلك أمرا نادرا ، ومثاله أن تشتري الشركة ما سبق أن أصدرته من سندات •

• ٤٤ — ويفترق اتحاد الذمة عن المقاصة ؛ في أنه يفترض أن تجتمع صفتا الدائنية والمديونية في شخص واحد وبالنسبة لدين واحد • حين تفترض المقاصة — على العكس — أن يكون هناك دينان متقابلان لشخصين ، الدائن في أحدهما مدين في الآخر •

النتيجة :

٤٤١ — ويضع اتحاد الذمة عقبة أمام المطالبة بالدين ، اذ يستحيل في الواقع أن يطالب الانسان نفسه ، فيرجع بصفته دائنا ، على نفسه بصفته مدينا ^(١) • ولذلك يترتب على اتحاد الذمة أن ينقضي الدين « بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » ^(٢) ، م ١/٣٧٠ • فاذا توفي الدائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه • فورثه المدين بهذا المبلغ ، وارثا وحيدا ، انقضى الدين كله باتحاد الذمة • أما اذا كان المدين يرث نصف المتركعة لوجود وارث آخر ، فان الدين ينقضي باتحاد الذمة في حدود النصف ، ليبقى للوارث الآخر أن يرجع على المدين بمبلغ ٥٠٠ جنيه •

وتأخذ الشرائع الغربية بنفس الحل فيما لو توفي المدين فورثه الدائن ^(٣) ، اذ ينقضي — عندئذ — ما كان للوارث من دين في ذمة المورث باتحاد الذمة • وأساس ذلك ما تأخذ به هذه الشرائع من مسئولية الوارث شخصيا عن ديون مورثه ^(٤) •

١١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١١٣٩ :
(٢) وتنقضي معه ضماناته ، انظر في هذا المعنى ، وفي مبرره ، جوجلار بند ١١٤٠ ، مارتى ورينو بند ٨٥٥ •
(٣) انظر : ستارك بند ٢٤٦١ ، جوسران بند ٩٤٦ ، مارتى ورينو بند ٨٥٤ •
(٤) وراجع — مع ذلك — في عدم اعمال احكام اتحاد الذمة في فرض قبول الوارث للتركة تحت شرط الجرد : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٥٠ •

أما في الشريعة الإسلامية ، فإنه وفقا لمبدأ لا تركه الا بعد سداد الدين ، فإنه في مثل هذا الفرض الأخير . تظل تركة المدين المتوفى مشغولة بالدين ، فيرجع الدائن (الوارث) بحقه عليها ، فيقتضيه وفاء . ثم يؤول اليه بعد ذلك ما له من نصيب في التركة خاليا من الدين .

٤٤٢ — ولما كانت العلة في انقضاء الدين باتحاد الذمة هي استحالة مطالبة الانسان لنفسه : فإنه متى « زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة : وكان لزواله أثر رجعي . عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا : ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » م ٣٧٠/٢ . كما لو أوصى الدائن للمدين بالدين : ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به.

تقسيم :

٤٤٣ — ينقضي الالتزام دون الوفاء به : اما لبراء المدين منه ،
أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو لسقوطه بالتقادم .
ونخصص لكل من هذه الموضوعات بحثا مستقلا .

المبحث الأول

البراء (١)

La remise de dette

المقصود به ، وطبيعته ، وشروطه ، وما يترتب عليه من آثار :

٤٤٤ — البراء هو تصرف قانوني ، بموجبه ، يتنازل الدائن —
مختارا ، وبلا مقابل — عما له من حق في مواجهة المدين . وهو — وفق
تصويره في المجموعة المدنية الحالية — عمل قانوني من جانب واحد ،
ومن ثم فانه ينتج أثره في القضاء على الالتزام ، متى اتصل بعلم من
وجه اليه ، وهو المدين ، وذلك دون حاجة لقبول هذا الأخير . ولما
كانت بعض النفوس تعاف المنة ، فلم يشأ المشرع أن يفرض على المدين
تفضلا قد لا يقبله ، فأجاز أن يرتد هذا البراء برده من جانب
المدين . وقد جمعت كل هذه المعاني المادة ٣٧١ مدني ، حين قضت
بأنه : « ينقضي الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم البراء
متى وصل الى علم المدين ويرتد برده » .

(١) راجع في هذا الموضوع :

RAYNAUD (p) : La renonciation à un droit. R.T 1936
p. 763 et s.

د. عبد الرازق حسن فرج : البراء من الالتزام (دراسة مقارنة)

ط ١ ١٩٧٦ .

٤٤٥ - هذا وبالنظر الى أن الإبراء من أعمال التبرع ^(١) .
فانه يخضع للأحكام الموضوعية لهذه الأعمال (م ١/٣٧٢ مدنى) .
فيلزم أن يكون الدائن أثناء التبرع . ويمكن لدائنى هذا الدائن أن
يطعنوا فى هذا الإبراء باعتباره تصرفا مفقرا ، دون حاجة الى اثبات
غش أو تواطؤ . فاذا رد المدين الإبراء فعاد الدين الى الظهور بعد
انقضائه ، كان لدائنى هذا المدين أن يدعنوا فى هذا الرد بالدعوى
البوليصة باعتباره تصرفا مفقرا . زاد من التزامات المدين . ولا يمكن
القول هنا بأن المدين يرفض الاغتناء ، فهذا التصوير لا يصح الا اذا
كان الإبراء لا ينتج أثره الا بالاتفاق مع المدين ، كما هو الحال فى
القانون الفرنسى ^(٢) ، وكما كان الحال فى التقنين المدنى الملغى .

٤٤٦ - ونحن لا نقر ما يتجه اليه بعض الشراح فى مصر .
من أن الإبراء يقضى على عنصر المسؤولية فى الالتزام فقط . دون عنصر
المديونية ^(٣) . فهدا التفسير لا يتمشى فى الواقع مع النية الحقيقية
للدائن ، الذى لو كان يقصد الى مجرد التنازل عن حقه فى الالتجاء الى
التبر لاجبار المدين على تنفيذ التزامه ، لاكتفى بموقف سلبى هو عدم
مطالبة المدين بالدين الى أن ينقضى بالتقادم المسقط ^(٤) .

(١) انظر فى هذا المدنى : نقض مصرى ١٩٧١/١/٢١ المجموعة السنة
٢٢ رقم ١٨ ص ١٠٠ .
(٢) فكل من المائتين ١٢٨٥ - ١٢٨٧ من المجموعة المدنية الفرنسية ؛
تصفه بأنه : « اخلاء ذمة اتفاقي décharge conventionnelle » . والفقه
الفرنسى يسلم بهذا التكييف . وان كان يرى أن الإبراء يمكن أن
تتضمنه وصية ، أى يتضمنه عمل قانونى من جانب واحد ، انظر فى هذا
الشأن : مارتى ورينو بند ٨٤٧ ، جوسران بند ٩٥١ ، ستارك بند ٢٤٦٦ ،
كاربونييه بند ١٣٧ ص ٥٠٢ .
(٣) انظر : د. اسماعيل غانم ص ٤٢٩ هامش ١ .
(٤) انظر فى معنى أن الإبراء يقضى على الدين وكذلك على ضماناته :
جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٠ ، وانظر ايضا ستارك بند ٢٤٦٦ .
(٥) راجع فى الطبيعة القانونية للإبراء : جوسران بند ٩٥١ ،
كاربونييه بند ١٣٧ ص ٥٠٢ وما بعدها ، ومقال رينو (بالمجلة الفصلية)
سابق الإشارة .

٤٤٧ — لكن الإبراء ، بالرغم من اعتباره تبرعا : الا أنه « لا يشترط فيه شكل خاص ^(١) » ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافق شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان « م ٣٧٢ / ٢ مدنى .

٤٤٨ — ومتى تم الإبراء ، ترتب عليه انقضاء الالتزام بالقدر الذى تناوله ، فترول معه توابعه ، وضماناته ، عينية كانت أو شخصية .

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

L'impossibilité d'exécution

التعريف به ، وأثره :

٤٤٩ — كذلك ينقضى الالتزام دون الوفاء به ، اذا استطاع المدين أن يثبت أن هذا الوفاء قد « أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » م ٣٧٣ مدنى على أن يلاحظ ما يأتى :

١ — ضرورة ثبوت استحالة التنفيذ ، مادية كانت هذه الاستحالة أو قانونية وليس مجرد صيرورة هذا التنفيذ مرهقا ، والا كنا بصدد نظرية الظروف الطارئة ، وجاز للقاضى أن يرد ذلك الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

(١) وان لزم أن تكون نية الدائن فى معنى التنازل عن حقه واضحة لا تحتل أى لبس ، اذ التنازل عن الحق لا يفترض ، انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨١/١/٢٦ (د . ١٩٨٢ — ١ وتعليق اونورا) ، نقض ١٩٨٠/١/١٥ (د . ١٩٨١ — ١ ر . ٣١٢ وتعليق جستان) .

(٢) وتجعل المادة ١٢٨٢ مدنى فرنسى من تسليم الدائن ، مختارا ، سند الدين (العرقى) الموقع عليه من جانب المدين لهذا الأخير ، دليلا على الإبراء . انظر فى تطبيق لهذا النص ، وأن هذه القرينة لا تقبل اثبات العكس سواء فى المواد المدنية أو التجارية : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٦/٣٠ (د . ١٩٨٢ — ٥٣ وتعليق بارليمانى) ، وقارن — على العكس — استئناف تولوز ١٩٦٦/١١/٢٣ (د . ١٩٦٧ — ٥٢٢) .

وراجع — بوجه عام — فى اثبات الإبراء : جوجلار بنذ ١٢٠٢ — ١٢٠٦ ، مارتى ورينو بنذ ٨٥١ — ٨٥٢ ، كولان وكابيتسان وذى لاموراندبير بنذ ٣٥٥ ، جوسران بنذ ٩٥٤ — ٩٥٧ .

٢ — يتعين أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي عن المدين (١) :
وذلك إما بفعل قوة القاهرة ، أو لخطأ الغير ، أو لخطأ الدائن نفسه .

٣ — لا يمكن القول في هذه الحالة ، بالزام المدين — وقد أصبح تنفيذ التزامه عيناً مستحيلاً — بأن يفى بمقابل أو بطريق التعويض .
بالفرض أنه غير مخطئ ، أو بعبارة أخرى غير مسئول عن هذه الاستحالة .

٤ — يمكن أن يظل المدين مسئولاً عن تنفيذ الالتزام رغم استحالة بسبب أجنبي إذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحميل المدين تبعاً لهذا السبب الأجنبي . غير أن التنفيذ العيني — وقد استحال هنا — فلا يبقى أمام الدائن إلا أن يرتضى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

٥ — إذا كان المدين قد التزم بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، أى بعد وضعه موضع المقصر في عدم تنفيذ التزامه ، فإنه يتحمل تبعاً هلاك الشيء بفعل القوة القاهرة ، ولو كان هذا الهلاك قبل الاعذار على الدائن . اللهم إلا إذا أثبت « أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه » م ٢٠٧ مدنى .

٥٥٠ — هذا ويترتب على استحالة التنفيذ — ما لم تكن استحالة مؤقتة ، توقف فحسب تنفيذ هذا الالتزام خلال مدة قيامها (٢) — انقضاء التزام المدين . فإذا كان العقد الذى يربطه بالطرف

(١) انظر في هذا المعنى : جوسران بند ٩٦١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٥٦ ، وقد قضى تبعاً لذلك بأن انقضاء الالتزام بصيرورة تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة ، شرطه حدوث القوة القاهرة خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، ومن ثم فإن تأخير المدين في التنفيذ لا يخوله التمسك بوقوعها ، انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٤١ ص ١٧٦٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١١٢ ص ٦١٢ ، نقض فرنسى ١٩٨١/٢/٢٤ (د . ١٩٨٢ — ٤٧٩) وتعليق مارتان () .

الآخر ملزما له وحده ، فان الدائن فيه لن يستطيع بعد الاستحالة أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه في العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون تبعة الهلاك على الدائن بالالتزام الذى استحاله تنفيذه . حين أنه ، لو كان العقد الذى يربط المدين بالطرف الآخر ملزما للجانبين ، فلن يكون بإمكان المدين ، وقد سقط التزامه ، أن يطالب الطرف الآخر بشيء ؛ فالعقد سينفسخ ، ويعفى الطرف الآخر من تنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه في العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة استحالة التنفيذ على عاتق المدين الذى استحاله تنفيذ التزامه (١) .

المبحث الثالث

التقادم المسقط (٢)

La prescription extinctive

تعريفه ، وأساسه :

٥١ — التقادم المسقط ، هو سبب ينقضى به الالتزام حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه به ، على امكان هذه المطالبة ، المدة التى يحددها القانون (٣) .

٥٢ — ويقف وراء ما يجعله المشرع لمضى المدة من أثر فى اسقاط الالتزام (الحق) ، أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه ، رغم امكان هذه المطالبة ، ولمدة طويلة ، انما ينهض فى كثير من الأحيان قرينة على وفاء المدين به . ولما كان من غير المقبول الزام المدين بأن يحتفظ بسند الوفاء الى ما لا نهاية ، فان من شأن هذه القرينة أن تعفيه

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ المجموعة السنية ٣١ رقم ٣٨٨ ص ٢٠٨٢ ، نقض ١٩٧٧/٤/١٥ المجموعة ٢٨ — ١٥٦ — ٦٠٩ ، نقض ١٩٧٧/١/١١ المجموعة ٢٨ — ٤٨ — ٢١١ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع ، بصفة خاصة : د. عبد المنعم البدر اوى ، اثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة . ١٩٥٠ .

(٣) على أن يلاحظ ، أن التقادم المسقط هو نظام قانونى عام : لا يقتصر نطاقه على الحقوق الشخصية ، وانما تخضع له أيضا الحقوق العينية ، فيما عدا حق الملكية ، تلك الحقوق التى تسقط ، هى الأخرى : بعدم استعمال صاحبها لها ، المدة المحددة قانونا . انظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنس ٣٥٧ .

من اثبات قيامه بالوفاء فعلا اذا فقد سنده : وطالبه الدائن بعد مضي
المدة التي حددها القانون •

ويضاف الى الاعتبار السابق ، أن المدين غالبا ما يفى بديونه من
داخله • وعدم اسقاط هذه الديون مهما مضى عليها من زمن ، قد
يؤدي ... مع اهمال الدائن في المطالبة — الى تراكم هذه الديون على
المدين : حين أن هذا الأخير في الواقع أولى بالرعاية من ذلك الدائن
المهمل •

بل ان اسقاط الالتزام بمضي المدة ، قد يجد أساسه كذلك
في اعتبارات الصالح العام • فقد أراد المشرع — بهذا النظام — أن
يجنب المحاكم النظر في منازعات قد يصعب الفصل فيها ، بالنظر الى
مضي مدة طويلة على الحقوق محل المطالبة في هذه الدعاوى • كما أنه
حرص — من ناحية أخرى — على عدم قلقلة الأوضاع التي استقرت ،
بما يجعل من الضروري قفل باب القضاء أمام الدائن الذي يهمل
في اقتضاء حقه مدة طويلة من الزمن ^(١) •

وتتضافر هذه الاعتبارات المختلفة ، لتبرير نظام التقادم المسقط
ككل . وان كان لاختلاف الأساس الذي يستند اليه نوع من التقادم ،
عن الأساس الذي يستند اليه النوع الآخر ، نتائج هامة على أحكام
التقادم في كل فرض ^(٢) ، خاصة حين يتضمن موقف المدين معنى عدم
الوفاء بالالتزام ، على ما سيتضح فيما بعد •
تقسيم :

ونقسم هذا البحث الى ثلاثة مطالب : نعرض في أولهما المدد
التقادم ، ونعالج في الثاني كيفية حساب هذه المدد ، لنكسر انثالث
لأحكام التقادم •

(١) وقد رأى فيه جوسران — تبعا لذلك — وسيلة من وسائل « الأمن
القانوني » « mereure de » « Police juridique » ، انظر جوسران
بند ٩٧٠ ، وازيد من التفاصيل في الأسس التي يقوم عليها نظام التقادم
المسقط راجع جوجلار (دروس مازو) بند ١١٦٦ ، ١١٦٧ •
(٢) أنظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٨ •

المطلب الأول

مدد التقادم

القاعدة العامة . سقوط الالتزام بمضي خمس عشرة سنة :

٥٣ — يتقادم الالتزام — كقاعدة عامة — « بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٣٧٤ مدنى (١) . وذلك « فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون » .

الاستثناءات :

٥٤ — وفضلا عن الحالات سابق الإشارة إليها ، والتى سنجد المناسبة للتعرض لها فيما بعد ، فقد نظم المشرع ، الى جانب هذا التقادم العادى . نوعا آخر من التقادم الأقصر ، تكون مدته فى بعض الحالات خمس سنوات ، وفى البعض الآخر ثلاث سنوات ، وفى بعض ثالث سنة واحدة . وذلك على التفصيل التالى :

أولا — التقادم الخمسى :

٥٥ — تتقادم بخمس سنوات فقط ، الطائفة التالية من الحقوق :

(١) الحقوق الدورية المتجددة (٢) : م ٣٧٥ :

٥٦ — يعتبر الحق دوريا ، اذا كان يستحق فى مواعيد متتالية ، ويعتبر متجددا ، اذا كان استيفاء ما يستحق منه فى موعده لا ينتقص من أصله . أو بعبارة أخرى . اذا كان يستحق بصفة مستمرة مابقى مصدره المنشئ .

(١) أما فى فرنسا ، فالقاعدة العامة فى مدة التقادم هى ثلاثون سنة (م ٢٢٦٢ مدنى) . ويرى بعض الشراح فيها مدة بالغة الطول لم تعد تتناسب وطبيعة العصر ، أنظر جوجلار بند ١١٧٣ ، وقارن كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٥٩ .

(٢) أنظر ، من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٧/١/١٩ المجموعة السنة ٢٨ (العدد ١) رقم ٩١ ص ٤٧٨ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ (ع ١) — ١٦١ — ٩٤٨ .

وتظل للحق صفة الدورية ولو كان موعد الاستحقاق الدورى أكثر من سنة ، وذلك خلافا لما كان يأخذ به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الملغاة • كما أنه لا يلزم لدوريته وتجديده ؛ أن يكون قدره ثابتا فى كل استحقاق •

والحق الذى يتقدم بخمس سنوات ؛ لا يكفى فيه توافر احدى هاتين الصفتين ؛ وانما يلزم أن يكون دوريا ومتجددا فى آن واحد ، والا خضع للتقدم العادى • ولذلك ؛ فإن الديون المقسطة — على سبيل المثال — لا تخضع للتقدم الخمسى برغم دوريته ؛ لأنها غير متجددة ، حيث أن الوفاء بقسط منها انما ينتقص من أصل الدين • كذلك يخضع للتقدم العادى ما كان من الديون متجددا بطبيعته ثم فقد هذه الصفة وتحول الى مبلغ ثابت (كما لو اتفق على اضافة الفائدة الى رأس المال ، وتحرر بالمجموع سندا واحدا) •

ومن أمثلة الحقوق الدورية المتجددة ، ما ورد ذكره — على سبيل المثال لا الحصر — فى المادة ٣٧٥ « كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور (١) والمعاشات » •

٤٥٧ — ولما كان المشرع — فى النص السابق — لم يستلزم لسقوط الدين الدورى المتجدد ؛ أن يحلف المدين اليمين على سدادده ، بل بالعكس نص صراحة على سقوطه « ولو أقرب به المدين » (م ٣٧٥) ،

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٩/٥/٥ المجموعة السنة ٣ (عدد ٢) ، رقم ٢٣٤ ص ٢٧٠ (وقد قنيت فيه بأن حق العامل فى الأجر هو حق دورى متجدد يخضع للتقدم الخمسى ، ولا تزول عنه هذه الصفة بتجدد الأجر وصرورته مبلغا ثابتا فى الذمة) • وانظر أيضا نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ١٣٠ ص ٦٦٣ (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر الاضافى وبديل السكن وبديل السفر هو من الحقوق الدورية المتجددة التى تخضع للتقدم الخمسى) •

فإن أساس التقادم هنا لا يكون قرينة الوفاء ، وإنما هو في الواقع حماية المدين من تراكم الديون الدورية المتجددة عليه ، بما يردق كاهله (١) ، خاصة وأنه يفيها عادة من دخله ، بما يتعين معه تغليب مصلحة هذا المدين على مصلحة الدائن المهمل في اقتضاء حقوقه .

٤٥٨ — غير أن المشرع عاد فأخرج من حكم التقادم الخمسى . كلاً من « الريع المستحق في ذمة الحائز سىء النية » ، وكذلك « الريع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين » م ٣٧٥/٣ . حين أخضع سقوطهما للتقادم العادى ، وهو خمس عشرة سنة .

ورغم أن الريع ، في كلا هذين الفرضين يمكن أن يعتبر في ذاته وبطبيعته ، دورياً ومتجدداً ، إلا أن الدين به لا يصدق عليه في الواقع هذا الوصف (٢) . لأن أساس التزام الحائز وناظر الوقف في الفرضين السابقين إنما هو الفعل غير المشروع ؛ لأن مستحقى هذه الديون لا يطالبون بها باعتبارها ريعاً ، وإنما باعتبارها تعويضاً ترتب لهم في ذمة كل من الحائز أو ناظر الوقف ، لقاء ما أصابهم من ضرر نتيجة ما قبضه أو ما قصر في قبضه من ثمار ، الحائز سىء النية ، أو نتيجة ما استهلكه ناظر الوقف من غلة هذا الوقف بتعديده أو بتقصيره . غير أن المشرع لم يشأ أن يترك هذه الحقوق تتقادم بثلاث سنوات ، كما هو الحال في دعوى التعويض عن العمل غير المشروع ، فيكون حظها من مدة السقوط أقل من الحقوق الدورية المتجددة ، حين أن الريع بطبيعته دورى ومتجدد . ولذلك أخضعها لحكم التقادم العادى وهو خمس عشرة سنة .

(١) انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٤٨٥ .

(٢) انظر أيضاً نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ (وقد قضي فيه بأنه إذا ما كان عقد الإيجار باطلاً بطلانا مطلقاً ، فإن حق المؤجر في المطالبة بالريع يسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة) .

(ب) حقوق بعض اصحاب المهن الحرة :

٤٥٩ — كذلك « تتقادم بخمس سنوات ، حقوق الأطباء والصيدلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين » م ٣٧٦ • على أن يلاحظ ما يأتي :

١ — أن تعداد المهن الحرة التي وردت في هذا النص ، هو تعداد حصر • ومن ثم يخضع للتقادم العادي (وليس الخمسى) حق من لا يمتن أى من هذه المهن : كحق المؤلف قبل الناشر ، وحق الفنان أو المحاسب •

٣ — يبدأ سريان تقادم هذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه تكون مستحقة لمن ورد ذكرهم في هذا النص » جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » م ٣٧٦ •

٣ — يبدأ سريان تقادم هذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » م ٣٧٩/١ •
فطبيب العائلة — على سبيل المثال — حين يكون أجبره محددًا على أساس كل عملية على حدة ، فان حقه — اذا استمر يكرر زيارته لمريض واحد في خصوص مريض واحد — لا يعتبر قائما الا من آخر زيارة •
ومن ثم لا يبدأ سريان تقادمه الا منذ هذا الوقت الذى أتم فيه تقدمته •
أما اذا كان يعود أكثر من مريض ، فانه ينظر الى كل عملية على حدة ، فتمتئ انتهى منها ، اعتبر حقه قائما ، ويبدأ سريان التقادم في خصوصه ، ولو كان لا يزال يعود مريضا آخر •

٤ — أن من المسلم به — بالرغم من أن المشرع لم يقتض لامكان التمسك بالتقادم : أن يحلف المدين يمينًا على تأدية الدين — أن أساس التقادم في هذه الحالة هو قرينة الوفاء • لأن الغالب ألا يتراخى أصحاب هذه المهن في اقتضاء حقوقهم عنها لأكثر من خمس سنوات •
فضلا عن أن العادة لم تجر على أن يحرر المدينون فيها مخالصات تثبت

سدادها لأن الدائنين بها لم تجر عادتهم بدورهم على تحرير السندات المثبتة لحقهم فيها • ومتى كان ذلك : فإذا تضمن موقف المدين ما يتنافى وهذه القرينة ، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم (كما لو بدأ أولاً بانكار الدين من أساسه) •

هـ — أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٣٧٩/٢ • ويجد هذا النص تبريره ، في أن المدين — في مثل هذا الفرض — لو كان قد أوفى حقيقة لكان قد اهتم بأن يأخذ من الدائن مخالصة الوفاء • ما دام أن هذا الأخير قد سبق الى اقتضاء سند مثبت لحقه في مواجهة المدين •

ثانياً — التقادم الثلاثي :

٤٦٠ — وفقاً للمادة ٣٧٧ ، تتقادم بثلاث سنوات فقط :

(أ) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة م ٣٧٧/١ • فإذا كانت هذه الضرائب أو الرسوم سنوية ، فإن تقادمها يبدأ في السريان من نهاية السنة التي تستحق عنها (١) • أما إذا كانت رسوماً تستحق عن أوراق قضائية ، فإن تقادمها يبدأ في السريان من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة •

(ب) ما حصلت الدولة من ضريبة أو رسم بغير وجه حق • م ٣٧٧/٢ • حين يبدأ سريان تقادم الحق في المطالبة برد هذه الضرائب أو الرسوم ، من يوم دفعها (م ٣٧٧/٢) (٢) •

(١) انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣٢ ص ١٧٢٦ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن للتقادم يبدأ في السريان من يوم هذا الدفع ، دون توقف على علم الطالب بحقه في الرد • انظر نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٦٤ ص ١٥١٩ •

٦١ — على أنه يجب أن يلاحظ ، أن الأحكام السابقة ، التي
وردت في الفقرة الأولى والثانية من المادة ٣٧٧ لا تخل — وفق
صريح نص الفقرة الثالثة من نفس المادة — « بأحكام النصوص
الواردة في القوانين الخاصة » (١) . وفصلا عن هذا الاستدراك العام ،
فإن نص الفقرة (أ) من المادة ٣٧٧ — في خصوص « الضرائب
والرسوم المستحقة للدولة » قد عدل بمقتضى المادة الأولى من
القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وأصبحت مدة تقادم هذه وتلك هي
خمس سنوات (٢) ، سواء كانت هذه الضرائب أو الرسوم ، دورية
(كموائد الأملاك ، أو الضرائب العقارية على الأراضي الزراعية) (٣)
أو غير دورية (كضرائب التركات ، ورسم الأيلولة) (٤) أما الحق في
استرداد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق : فلا زالت القاعدة
العامّة بشأنه هي قاعدة التقادم الثلاثي (٥) .

(١) أنظر — تبعا لذلك — ما قضت به محكمة النقض من أن تقادم
الحق في استرداد صاحب الشأن رسوم الشهر العتاري ، إنما يبدأ في
السريان من تاريخ استحالة إجراء الشهر . نقض ١٩٧٨/٢/٢١ المجموعة
السنة ٢٩ رقم ١٠٧ ص ٥٤٥ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة
السنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ ص ٢٢٧ ، نقض ١٩٧٩/١/١٠ المجموعة
السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٩ ص ١٥٢ ، نقض ١٩٧٧/٣/١ المجموعة
السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ١٠٨ ص ٥٨٦ .

(٣) أنظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣٢
ص ١٧٢٦ .

(٤) أنظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٨/١/١٠
المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣ ص ١٣٨ (وقد قضت فيه بأن الوفاة
هي الواقعة المنشئة لرسم الأيلولة وضريبة التركات ، ومن ثم تكون
الوفاة هي مبدأ سريان التقادم الخمسي) .

(٥) أنظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة
السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

(٦) ومن بين الاستثناءات التي نرد على هذه القاعدة ، ما يقضى به
القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٤ في شأن مستحقات هيئة التأمينات قبل أرباب
الأعمال ، من اشتراكات عن عمالهم ، حيث يسقط حقهم في استرداد
ما يدفعونه من اشتراكات زائدا عما يلتزمون به قانونا ، بانتقضاء
سنتين من تاريخ الدفع . أنظر في تطبيق ذلك : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧
المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

٤٦٢ - ومن ناحية أخرى ، فقد قرر المشرع لبعض الحقوق الأخرى ، تقادما ثلاثيا : في نصوص متفرقة ، نجد المناسبة هنا للإشارة الى بعض منها :

فمن ذلك ، ما تقضى به المادة ١٧٢ من سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، بالتقادم الثلاثي ، وذلك « من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه » (١) : وذلك بحد أقصى خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ومنه أيضا ما نص عليه في المادة ٧٥٢ من تقادم ثلاثي للدعوى الناشئة عن عقد التأمين ، حيث تحسب المدة من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى . (وراجع كذلك : ما نص عليه المشرع من تقادم ثلاثي في المواد ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٩٧ ، في خصوص سقوط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب : ودعوى رد غير المستحق ودعوى الفضالة .

ثالثا - التقادم الحولي :

٤٦٣ - وتتقادم بسنة واحدة ، وفقا للمادة ٣٧٨ : الطوائف التالية من الحقوق :

(١) « حقوق التجار والصناع » ، بشرط أن تكون ناشئة عما ورده « الأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء » . وبديهي أن كل صفقة توريد تعتبر مستقلة عن الأخرى ، ويسرى التقادم بشأنها من وقت اتمامها ، طبقا للعرف المتبع ، ولو استمر التاجر أو الصانع يقدم توريدات أخرى . وكذلك أيضا « حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم ، عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » . وتحسب

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٢٣ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٥ ص ١٣٠٦ (وقد جاء فيه أن العلم الظني الذي لا يحيط به المضرور بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لا يبيد منه سريان التقادم الثلاثي لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع) .

كل اقامة مستقلة عن سابقتها ولو كان النزول يعتاد الإقامة في فندق معين •

(ب) « حقوق العمال والخدم والأجراء » من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » •

٤٦٤ — وهذا النوع من التقادم الحولى ، يستند في تصور المشرع نفسه الى قرينة الوفاء ؛ اذ لا يعقل أن الدائن بأمثال هذه الحقوق ، خاصة اذا كان عاملا أو خادما أو أجيرا ، يسكت عن اقتضاء حقه لمدة أكثر من سنة •

وقد رتب المشرع على هذه القرينة النتائج التالية :

١ — أنه — تماما كما هو الحال في تقادم حقوق بعض ذوى المهن الحرة خمسيا ، ولنفس العلة — « اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٢/٣٧٩ •

٢ — أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا • وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ان كانوا قصرا • بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » م ٢/٣٧٨ •

ويتفرع على تأسيس هذا التقادم على قرينة الوفاء ، أنه اذا تعارض موقف المدين مع هذه القرينة ، فانه لا يجوز له التمسك بالتقادم الحولى • كما لو بدأ — على سبيل المثال — بانكار نشوء الدين أصلا •

المطلب الثانى

كيفية حساب مدة التقادم

مبدأ سريان التقادم :

٤٦٥ — لما كان مبنى التقادم ، كما سبق أن ذكرنا هو أن الدائن يقعد عن المطالبة بحقه ، مع امكان هذه المطالبة ، المدة التى حددها القانون ، بما يبرر سقوط هذا الحق ^(١) ، فإنه يفترض بداهة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء • ومن ثم يصبح مفهوما ما تقضى به المادة ١/٣٨١ من أنه « لا يبدأ سريان التقادم — فيما لم يرد فيه نص خاص — الا من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء » • ويتفرع على ذلك :

١ — أنه اذا كان الدين معلقا على شرط واقف - فان التقادم لا يسرى فى شأنه — « الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط » م ٢/٣٨١ • وقد سبق أن أشرنا الى أنه استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للشرط ، لا تحتسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط ، فلا يبدأ هذا الأخير فى السريان الا منذ تحقق الشرط •

٢ — أنه اذا كان الدين مضافا لأجل واقف : فان التقادم لا يسرى فى شأنه الا من وقت حلول الأجل ، سواء بانقضاءه ، أو بسقوطه أو بالتنازل عنه • (م ٢/٣٨١) •

٣ — أنه اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، وعين القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل ، فان التقادم يبدأ فى السريان من بداية هذا الميعاد •

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن علم هيئة التأمينات الاجتماعية بالتحاق عمال بالمنشأة ، يجرى مدة تقادم سقوط مستحقاتها قبل رب العمل . تقضى ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ ص ٢٢٧

٤ — أنه ، فيما يتعلق بخمان الاستحقاق في البيع (وهو الترام البائع بتعويض المشتري عن استحقاق المبيع للغير وهو في يده) . فان تقادمه لا يبدأ في السريان « الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق » م ٢/٣٨١ • أو من تاريخ صدور الحكم النهائي بثبوت الاستحقاق للغير •

٥ — أنه « اذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن » كما هو الحال في السندات الواجبة الدفع عند الاطلاع ، فان التقادم يسرى « من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » م ٣/٣٨١ • والأصل أن الدائن يتمكن من اعلان ارادته اقتضاء هذا الحق من يوم نشأته • وعندئذ يسرى التقادم من ذلك الوقت ، ما لم يثبت أنه لم يكن في استطاعته أن يطالب بالدين الا في تاريخ لاحق ، فيسرى التقادم — عندئذ — من ذلك التاريخ •

طريقة حساب المدة :

٤٦٦ — « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات » (م ٣٨٠) • ومعنى ذلك أن كسور الأيام لا تدخل في حساب مدة التقادم : بما يستتبع بالضرورة ، ألا يحسب اليوم الأول (م ٣٨٠) • وتكتمل مدة التقادم « بانقضاء آخر يوم منها » م ٣٨٠ • ومعنى ذلك : أن اليوم الأخير يدخل في الحساب ، ومن ثم يقع صحيحا ما يتخذ فيه من اجراءات قانونية • وفيما بين اليوم التالي لليوم الأول ، وحتى اليوم الذي يكتمل فيه التقادم ، يدخل في حساب المدة ما يعرض خلال هذه الفترة من أيام المواسم والأعياد • أما على العكس ، اذا وقع آخر أيام المدة في عطلة أو عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الاجراءات في خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم ، الى أول يوم عمل يلي العطلة أو العيد أو الموسم • فاذا انقضى هذا اليوم دون أن يطالب الدائن بحقه فيه ، اكتملت مدة التقادم ، وسقط الحق •

المطلب الثالث

ما يعترض سريان التقادم (الوقف والانقطاع)

٢٦٧ — قد يعترض سريان التقادم بعض العوارض التي تؤثر في مدته . وهذه العوارض هي الوقف والانقطاع .

وتجدر الإشارة — قبل الخوض في تفاصيل هذه العوارض — الى ما تجرى عليه محكمة النقض في مصر . من أن لمحكمة الموضوع — متى دفع أمامها بالتقادم — أن تبحث ، ولو من تلقاء نفسها ما يعترض مدة التقادم من وقف أو انقطاع ، متى تبين سببه من أوراق الدعوى (١) .

اولا — وقف التقادم (٢) :

٢٦٨ — سبق أن أشرنا الى أن مبنى نظام التقادم ، هو أن المشرع قد ترك للدائن فترة كافية من الزمن ، يمكنه خلالها أن يطالب بحقه . فإذا قعد عن هذه المطالبة مع امكانها ، استحق سقوط هذا الحق . لذلك يكون من البديهي . ألا يحاسب الدائن على مدة كان لا يستطيع خلالها أن يطالب بحقه . ومن ثم فقد جعل المشرع مبدأ سريان التقادم من وقت صيرورة حق الدائن مستحق الأداء . والمكمل الطبيعي لذلك أن يكون من الضروري ألا تدخل في حساب مدة التقادم ،

(١) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٢٧٨ .

كذلك جاء في حكمها الصادر في ١٦/٣/١٩٧٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٢ ص ٧٧٣ أنه : « جرى قضاء هذه المحكمة على أنه حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي الثبوت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع . ومن ثم فللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالتها أوراق الدعوى بقيام سببه » .

(٢) أنظر ، في تنظيم القانون الفرنسي لوقف التقادم : ستارك بنيد ٢٤٩٩ — ٢٥٠٣ ، جوجالز (دروس مازو) بنيد ١١٨١ — ١١٨٤ ، مارتى وربنسو بنيد ٨٧٣ .

الفترة الزمنية التي لم يكن بإمكان الدائن خلالها أن يطالب بحقه ، وطيلة ما بقى السبب المانع من المطالبة . ويقال عندئذ بأن التقادم يقف عن السريان . فوقف التقادم اذن ؛ هو تعطيل سريانه ، لأحد الأسباب التي تحول بين الدائن والمطالبة بحقه . ليبقى موقوفا ما بقى هذا السبب . فاذا زال ^(١) . استأنف التقادم سريانه ؛ دون أن تدخل في حساب مدته . الفترة التي توقف فيها . ومن ثم يؤدي الوقف الى اطالة مدة التقادم بقدر مدة هذا الوقف .

٤٦٩ — وقد عرض المشرع لأسباب الوقف في المادة ٣٨٢ ، ويتضح منها أن هناك سببا عاما يوقف التقادم أيا كانت مدته ؛ وأن هناك سببا خاصا يوقف التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات .

١ — فالتقادم ، بوجه عام . لا يسرى « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ^(٢) ، ولو كان المانع أدبيا » ^(٣) م ١/٣٨٢ .

(١) انظر نقض مصرى ١٥/٢/١٩٧٩ المجموعة السنة ٢ ، عدد ١ (رتبم ١٠٣ ص ٤٣٩ .
(٢) وكان واضعوا القانون المدنى الفرنسى القديم قد راوا عدم تحديد حالات للوقف على سبيل الحصر ؛ وغضلوا وضع قاعدة عامة بموجبها يقف التقادم كلما استحال على الدائن أن يطالب بحقه . وايا كان سبب هذه الاستحالة . اما واضعوا المجموعة الحالية فقد راوا — ازاء ما لوحظ في العمل من تزايد حالات التذرع بوجود هذه الاستحالة وعلى الأخص التذرع بعدم العلم بوجود الحق — تحديد حالات الوقف على سبيل الحصر . وهو ما ترجمته المادة ٢٢٥١ حين قضت بأن التقادم يسرى ضد جميع الأشخاص ، اللهم الا في الحالات الاستثنائية المحددة قانونا . الا أن ذلك لم يمنع القضاء من التوسع في تطبيق حالات الوقف . وقد فسر الحالات المحددة صراحة في نصوص القانون بأنها حالات خاصة مبنية على وضع شخصي يكون الدائن فيه في حالات معينة ، لا تحرم القضاء سلطته في أن يرى في ظروف أخرى مختلفة ما يبرر وقف التقادم . انظر جوجلار (دروس مارو) بند ١١٨١ ، ١١٨٣ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رتبم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ .

(٤) والدفع بهذا المانع لا يجوز — بداهة — اثرته لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض ١٩٧٩/١٢/٢٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٤١٧ ص ٤١٨ .

فأى مانع يحول بين الدائن والمطالبة بالحق ، يوقف التقادم ^(١) .
ويظل هذا الأخير موقوفا ما بقى المانع قائما . سواء كان هذا
المانع ماديا ^(٢) ، كقيام حرب أهلية أدت الى توقف المحاكم عن العمل ،
أم كان مجرد مانع أدبي ^(٣) ، طالما أن ما بين الدائن ومدينه من علاقة ،
لا يسمح له أدبيا بمطالبته ، وهو أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع
وفق ظروف كل حالة على حدة . ومن أمثلة هذه الموانع الأدبية ،
علاقة الزوجية ^(٤) ، وعلاقة الابن بأبيه ^(٥) ، والعامل برب

(١) وتقدير قيام هذا المانع هو — بداهة — من سلطة محكمة
الموضوع . انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠
(عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ ، نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨
(عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٢٧٨ . وتطبيقا لذلك . قضت محكمة النقض
بأن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية ، لا يصلح سببا لوقف تقادم
دعواه بطلب الأجر والمكافأة ، انظر : نقض ١٩٧٩/١١/٢٥ المجموعة
السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٣٤٩ ص ٦٢ ، وانظر أيضا نقض ١٩٧٧/١٢/٣١
المجموعة السنة ٢٨ (عدد ٢) رقم ٣٣١ ص ١٩٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المعتقلين والمراقبين ، الموضوعه
أموالهم تحت الحراسة ، تقف مواعيد سقوط الحق ومواعيد الاجراءات
بالنسبة لهم . انظر حكم ١٩٧٦/١/٢٤ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦٥
ص ٢٨٨ ، وفي نفس المعنى حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ (عدد ٢)
رقم ٣١٣ ص ١٦٩٨ .

(٣) وقد اعتبرت بعض الأحكام في فرنسا ، من قبيل الموانع
الأدبية الموقفة للتقادم ، وجود محادثات ودية بين المدين والدائن في شأن
استيفاء الدين ، انظر نقض (عرائض) ١٩٣٨/١١/٢٩ (د. ١٩٣٩ — ١٩٩٩) ،
وكذلك جهل الدائن بوجود حق له في مواجهة المدين طالما كان هذا الجهل
مغتفرا من جانبه : انظر نقض (عرائض) ١٩٤١/١/٢٧ (س. ١٩٤١ —
١ — ٧) .

(٤) والقانون الفرنسى يجعل — فى المادة ٢٢٥٣ مدنى — صراحة ،
من قيام علاقة الزوجية سببا لوقف التقادم . ويبرر الفقه هذه القاعدة
على أساس من أنه لولاها لتعين على أى من الزوجين يريد الحفاظ على حقه
تجاء الآخر من السقوط بالتقادم ، أن يقاضيه بهذا الحق أو يوقع حجزا
على أمواله ، وهو ما لا ينسجم وطبيعة العلاقة الزوجية ، وما يعكر من
صفو هذه العلاقة . انظر ستارك بند ٢٥٠١ ، جوجالر (دروس مازو)
بند ١١٨٢ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « صلة القرابة مهما كانت
درجتها ، لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا ، بل يرجع فى ذلك الى ظروف كل
دعوى على حدة ، تستخلص منها محكمة الموضوع — بما لها من سلطة
التقدير — قيام أو انتفاء المانع الأدبي ، دون معقب عليها فى ذلك ،
متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة .. » .

نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ .

العمل (١) . وقد اعتبر المشرع من هذه الموانع الأدبية ، وبنص صريح علاقة الأصيل بنائبه . حين قضى في المادة ٣٨٢/١ بأنه « كذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » .

٢ —ولا يسرى — بحسبة خاصة — « التقادم الذى تزيد مدته عن خمس سنوات . فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية . اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » (٢) (م ٣٨٢/٢) .

ويلاحظ هنا . أن المشرع قد قصر هذا السبب من أسباب الوقف ، على التقادم العادى (١٥ سنة) . كما أنه اشترط صراحة لهذا الوقف ألا يكون لأى من ناقص الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، نائب يمثله قانونا . ويفهم من هذا القيد الأخير : أن العلة فى هذا السبب من أسباب الوقف ، أن من ورد ذكرهم فى هذا النص لا يملكون من الوسائل المادية ما يمكنهم من المطالبة بحقوقهم . فضلا عن أن بعضهم ينقصه حسن الإدراك ، بل ولا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه ، بما يجعل من الضرورى وقف سريان التقادم فى حقهم . غير أن هذه العلة كانت تقتضى فى الواقع تعميم هذا السبب من أسباب الوقف وعدم قصره على ما تزيد مدته عن خمس سنوات . غير أنه يبدو أن المشرع قد وجد أن الاعتبارات التى دعت إلى تقصير مدة تقادم بعض الحقوق (فى حالات التقادم الخمسى ، والثلاثى ، والحولى) ، هى أولى بالترتيب من مصلحة الدائن القاصر أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

(١) فى هذا المعنى أيضا : د. اسماعيل غانم بند ٢٨٤ : الاسكندرية الابتدائية ١٩٥١/١/٢١ أشار إليه فى هامش ٢ ص ٤٤٤ من نفس المؤلف . وراجع عكس ذلك ، وأن علاقة التبعية بين العامل ورب العمل مما لا يعتبر مانعا أدبيا : نتض ١٩٨٠/١٢/٢٨ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٣٩٨ ص ٢١٤١ .

(٢) فإذا كان للقاصر نائب يمثله ، فإن التقادم يسرى : أنظر نقض ١٩٧٧/١/٤ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٤٠ ص ١٤٧ .

٤٧٠ — هذا ويترتب على وقف التقادم : كما سبق أن ذكرنا .
وأيا كان سببه ، ألا تدخل مدته في حساب مدة التقادم ، فتمتد هذه
الأخيرة بمقدار مدة الوقف .

ثانياً — انقطاع التقادم (١) :

٤٧١ — قد يتخذ الدائن من الاجراءات ، خلال سريان مدة
التقادم : ما ينفي عنه اهماله في اقتضاء حقوقه . وقد يقر المدين
بحق الدائن فيغني هذا الأخير عن المطالبة بالحق . فإذا حدث أن من
هذين السببين ، زال كل أثر لما مضى من مدة التقادم . ويقال عندئذ
بأن التقادم قد انقطع . فانقطاع التقادم اذن ، هو : زال لما مضى
منه من مدة قبل حدوث سبب الانقطاع ، بحيث اذا عاد التقادم الى
السريان ، بدأت مدة جديدة كاملة .

ويبين مما تقدم أن من أسباب انقطاع التقادم ، ما يرجع الى
الدائن : ومنها ما يرجع الى المدين ، وذلك على التفصيل التالي :

(١) ما يرجع الى الدائن :

٤٧٢ — ينقطع التقادم ، نتيجة لما يتخذه الدائن من الاجراءات
التالية :

١ — المطالبة القضائية :

ويقصد بها اقامة الدعوى أمام القضاء ، بالحق (٢) الذي للدائن

(١) راجع في هذا الموضوع : سنارك بند ٢٨٩٧ ، جوجار (دروس
مازو) بنسب ١١٧٨ — ١١٨٠ ، مارتى ورينو بنسب ٨٧١ — ٨٧٢ .
(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ المجموعة السنة ٢٨ عدد ١ ، رتبم
١٤٤ ح ٨١٢ (وقد تضمنت فيه : صحيفة الدعوى لا تعتبر قاطعة للتقادم
الا في خصوص الحق المرفوع به الدعوى وتوابعه . وان دعوى براءة الذمة
من الدين لا تقطع تقادم الحق في استرداد ما تم تحصيله) . كذلك قضى
بأن طلب الاعفاء من الرسوم القضائية لا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية
القاطعة للتقادم ، انظر نقض ١٩٧٧/٥/٢ المجموعة ٢٨ — ١٩٠ — ١١٠٤ ،
وانظر نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة ٢٧ — ٢٢٦ — ١١٨٨ وقد قضت فيه
بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما ، قاطعة للتقادم في خصوص هذا
الحق وحده ، وما التحق به من توابعه . وانظر في نفس هذا المعنى : =

في ذمة مدينه (١) أو بجزء من هذا الحق ، حين ينقطع التقادم ، في الفرض الأخير « بالنسبة لباقي الحق ، طالما أن المطالبة الجزئية دالة على التمسك بالحق بأجمعه » (٢) . أو التدخل في خصومة قائمة ، ومطالبة الدائن فيها بحقه في مواجهة المدين . على أنه يشترط — بداهة — أن تكون المطالبة القضائية صحيحة . بمعنى أن تكون قد رفعت بصحيفة دعوى صحيحة . والا فإذا كانت هذه الأخيرة باطلة لعب في الشكل فانها تزول . ويزول معها كل أثر للمطالبة القضائية . بما في ذلك قطع التقادم . كذلك لما كانت المطالبة القضائية تزول بترك المدعى (الدائن) للخصومة . أو نتيجة الحكم بسقوطها . فانه يزول بزوالها . أثرها القاطع للتقادم . ونفس الأمر لو صدر الحكم برفض الدعوى ، اذ يعتبر التقادم كما لو استمر ساريا طيلة المدة التي استغرقها نظر هذه الدعوى .

= نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعة ٢٧ — ٢٢٠ — ١٧٤١ (عدد ٢) ، وانظر نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة ٢٨ — ٢٣١ — ١٩٢٥ (عدد ٢) ، وكذلك نقض ١٩٧٧/١/١٦ المجموعة ٢٨ — ٥٢ — ٢٤٤ وقد قضت فيهما بأن دعوى العامل ايقاف تنفيذ قرار الفصل ، لا تقطع التقادم بالنسبة لأصل الحق .

(١) وقد اشترطت محكمة النقض في هذه المطالبة : « ان بتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذي يراد اقتضاؤه » ورتبت على ذلك ان « صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما » لا تعتبر « قاطعة له الا في خصوص هذا الحق وما التحقق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه » . اما اذا « تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الخاص بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر » . وتطبيقا لذلك ، قضت بأنه ، لما كانت صحيفة الدعوى السابقة « لا تحتل معنى الطلب الجازم بعناصر الأجر والعمولة والمنحة السنوية التي يطالب بها الطاعن في دعواه الحالية ، وكانت هذه الحقوق لا تعتبر من توابع طلب الناء قرار فصله الذي كان مطلوبا في الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده ، فان تلك الدعوى لا يكون من شأنها قطع بيان التقادم بالنسبة الى هذه الحقوق ، اذ أنها لا تجب بوجوبه ولا تسقط بسقوطه » . نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ المجموعة ٢٩ — ٢١٠ — ١٠٦٨ ، وانظر أيضا نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة ٢٧ — ٢٢٦ — ١١٨٨ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/٢/١٨ المجموعة ٢٩ — ١٠١ — ٥١٥ .

على أن المطالبة القضائية : تقطع — على العكس — مدة التقادم « ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة » م ٣٨٣ (١) . وذلك فيما يبدو لدقة قواعد الاختصاص : واحتمال الخطأ فيها في كثير من الأحيان .

٢ — كما ينقطع التقادم كذلك « بالتنبية (٢) ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في احدى الدعاوى » (٣) م ٣٨٣ .

(ب) ما يرجع الى المدين :

٤٧٣ — كذلك « ينقطع التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا » م ١/٣٨٤ . ومن أمثلة الاقرار الضمنى ، أن يطلب المدين من دائنه أجلا للوفاء (٤) ، أو يقوم هذا المدين بسداد فوائد الدين أو جزء منه (٥) . والاقرار هو تصرف قانونى من جانب

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٨٠/١/١ المجموعة ٣١ — ١٦ — ٦٦ .

(٢) ويقصد به التنبية المنصوص عليه بالمادة ٢٨١ مرافعات ، والذى يوجب المشرع اشتماله على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين . انظر في هذا المعنى نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ (وقد قضت فيه ، تبعا لذلك ، بأن التكليف بالوفاء السابق على طلب امر الاداء لا يعتبر تنبيها قاطعا للتقادم ، اذ هو مجرد انذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الاثر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بهذا العمل « هو الطلب الذى يبديه الدائن في مواجهة مدينه أثناء السير في دعوى مقامة ضد الدائن أو تدخله خصما فيها ، ويبين منه تمسكه ومطالبته بحقه المهدد بالسقوط » . انظر نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٢) رقم ٢٢٨ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٨/١٢/١٤ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٧٣ ص ١٩٢٧ .

(٥) انظر ما قضت به — بحق — محكمة النقض من ان وفاء المستأجر بالقدر غير المتنازع عليه من الاجرة لا ينقطع به سريان التقادم الخمسى بالنسبة لفروق الاجرة المتنازع عليها ، نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٧٣ ص ١٩٢٧ .

واحد : لا يلزم فيه شكل معين ، ويخضع في اثباته للقواعد العامة .
وقد اعتبر المشرع من قبيل الاقرار الضمني « أن يترك المدين تحت
يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأميننا لوفاء الدين » م ٣/٣٨٤ .
ولقد سبق أن ذكرنا في موضع سابق ^(١) : أن بقاء العين المملوكة
للمدين تحت يد الدائن الحابس ، يعد بدوره اعترافا ضمنيا مستمرا
من جانب المدين بوجود الدين .

٤٧٤ — فإذا انقطع التقادم لأي من الأسباب السابقة ،
سقطت كل المدة السابقة على سبب الانقطاع و « بدأ تقادم جديد
يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع » (م ٣٨٥) .

والأصل ، أن تكون مدة هذا التقادم الجديد « هي مدة التقادم
الأول » م ١/٣٨٥ . ومع ذلك فقد استثنى المشرع من هذا الأصل
الحالتين التاليتين :

١ — « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه
باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة »
م ٢/٣٨٥ . وأساس هذا الاستثناء ، أن التقادم الحولي يبنى على
قرينة الوفاء . فإذا أقر المدين بحق الدائن سقطت هذه القرينة ،
وانقطع التقادم ، وبدأ من جديد تقادم عادي في السريان بشأن هذا
الحق .

٢ — إذا كان الدين مما يتقادم بأقل من خمس عشرة سنة
(خمسيا ، أو ثلاثيا ، أو حوليا) ، وطالب به الدائن قضاء ، ثم حكم له
بالدين « وحاز الحكم قوة الأمر المقضي » ، فإن حق الدائن لا يسقط

(١) راجع سابقا بند ١٩٢ .

بعد ذلك الا بمضى خمس عشرة سنة (١) ، اللهم « الا أن يكون الدين المحكوم به ، متضمنا لالتزامات دورية متجددة ، لا تستحق الا بعد صدور الحكم » م ٣٨٥/٢ ، فان هذه الالتزامات لا تسقط الا بمضى خمس سنوات على استحقاق كل منها . كما لو قضى للمؤجر بمتجمد الأجرة وبالزام المستأجر بدفع ما يستجد منها . فعندئذ يتقادم الحق في متجمد الأجرة — خمس عشرة سنة ، أما الحق في كل أجرة على حدة مما سيستحق ، فإنه ، باعتباره ديناً دورياً متجدداً ، يتقادم — خمس سنوات من وقت استحقاقه .

المطلب الرابع

احكام التقادم

وجوب التمسك بالتقادم :

٤٧٥ — لم يكن من المتصور — في الواقع — وأيا كانت اعتبارات المصلحة العامة التي تسند نظام التقادم المسقط ، أن يجعل المشرع لهذا النظام أثراً ذاتياً يترتب بقوة القانون بمجرد اكتمال مدته ، لأن الدين هنا يسقط دون وفاء به من جانب المدين ولا تنازل عنه من جانب

(١) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض تبعاً لذلك أنه : « لما كانت المادة ٣٨٥ مدني ، فيما تنص عليه فقرتها ٢ من تقادم الدين بخمس عشرة سنة اذا صدر به حكم حائز لقوة الامر المقضي ، تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الامر المقضي فيه ما يحميه ، واذا كان الحكم بالتعويض المؤقت — وان لم يحدد الضرر في مداه — يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ، وللمدين التعويض بما يرضيه ، غير معين المقدار ، مما يرتبط بالمنطوق اوثق الارتباط ، فتمتد اليه قوة الامر المقضي . ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهي — بظاهر النص — حسبه في استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلاً بعد للتنفيذ الجبري . وليس يسوغ في صحيح النظر ان يقصر الدين الذي أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزا له ودلالة عليه ، بل يمتد الى كل ما يتسع له محله من عناصر تتقديره ولي بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرورة بدين غير الدين ، بل يرفعها بذات الدين يستكبله بتعيين مقداره ، فهي بهذه المثابة فرع من أصل ، تخضع لما يخضع له ، وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة » ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٢٠ ص ٦٤١ ، وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٧٩/١/٣١ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٨٧ ص ٤٥٥ .

الدائن ، وقد يأبى على المدين ضميره أن يهدر حق الدائن بهذا الشكل (١) . بما يجعل من الضروري أن يعلق الأثر المسقط للتقادم على ارادة من جانب المدين . وهو ما أخذ به المشرع حين قضى في المادة ١/٣٨٧ بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها (٢) : بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين (٣) » . ويتضمن من هذا النص : أن الالتزام لا ينقضى من تلقاء نفسه بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وإنما يتعين لذلك أن يتمسك المدين بهذا الانقضاء ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وهو ما يتفرع عليه أنه — أى المدين — اذا أوفى بالمدين رغم اكتمال مدة التقادم فإنه إنما يسدد بذلك التزاما لا يزال — على حاله — مدنيا مستحق الأداء : ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أوفاه متذعرا بأنه سدد ديننا انقضى بالتقادم ، حتى ولو كان وفاؤه قد تم عن غلط : في معنى أنه كان يجهل — وقت أن قام به — أن الدين كانت قد اكتملت مدة تقادمه (٤) .

ويقع التمسك بالتقادم عن طريق الدفع : وهو دفع موضوعي : يرد به المدين على مطالبة الدائن له بوفاء الدين . ومن ثم يجوز ابداءه

(١) انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨٩ .
(٢) ويؤكد الفقه الفقه والقضاء الفرنسيان على هذا المعنى : حتى ولو كانت كل شروط التقادم متوافرة . انظر جوجلار بند ١١٨٩ : شيفالييه .
تعليق في (ر.ت ١٩٦٥ — ٣٤٣) ، نقض ١٩٥٢/٣/٢٣ د. ١٩٥٢ — ٣٣٧) ، نقض ١٩٧١/٥/٥ د. ١٩٧١ — ٤٧٠ وتعليق هويه ١ .
(٣) ويديهي أن الدفع بالتقادم — كدفع موضوعي — لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض مصري ١٩٧٨/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٤) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٧ ، ونقض فرنسي (تجاري) ١٩٤٨/٦/٨ (ج.ب ١٩٤٨ — ٢ — ١٢٠) ، وفي مصر : د. السنهوري ج ٣ بند ٦٦٥ . ولما كان الالتزام الطبيعي لا يكون الوفاء به — بالمقابلة — صحيحا الا اذا كان الموفى يعلم بطبيعته هذه ، فقد رأى جوجلار — تبعا لذلك — في الالتزام المتقادم « التزاما طبيعيا renforcée » . جوجلار ، الاشارة السابقة .

« في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية »
م ٢/٣٨٧ •

٤٧٦ — وكان مؤدى اعتبارات الضمير ، سابقة الإشارة ، أن يجعل المشرع مكنة التمسك بالتقادم للمدين وحده • لكنه في الواقع لم يفعل ذلك ، وإنما رجح بعض مصالح أخرى رآها أجدر بالحماية من هذه الاعتبارات الأدبية • فأجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتقادم « ولو لم يتمسك به المدين » م ١/٣٨٧ •

ويعد ذا مصلحة في التمسك بالتقادم ، فضلا عن المدين ، خلفه العام ، والمدين المتضامن معه في الدين (حين يكون له أن يتمسك بالتقادم الذي اكتملت مدته بالنسبة لزميله وبقدر حصته) ، وكذلك الكفيل ، وحائز العقار المرهون لضمان دين المدين • بل أكثر من ذلك ، وبرغم اعتبارات الضمير سابقة الذكر والتي تجعل من التمسك بالتقادم مسألة يستقل المدين وحده بتقديرها ، أجاز المشرع صراحة لدائني المدين أن يتمسكوا نيابة عنه بالتقادم ، عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) بل وأجاز لهم ، إذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، أن يطعنوا في هذا النزول بالدعوى البولصية •

التنازل عن التقادم :

٤٧٧ — « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » م ١/٣٨٨ • أى قبل اكتمال مدته ^(١) ، والا أصبح هذا النزول المسبق ، شرطا مألوفا ودارجا في العقود ، يمليه الدائنون على مدينهم مقدما ، فتهدر بذلك اعتبارات الصالح العام ، التي كانت وراء تقرير نظام التقادم المسقط ^(٢) •

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٧ ص ١٣٧ وقد قضت فيه بأن اتفاق المدين على عدم تمسكه بالتقادم المسقط قبل انقضاء مدته هو اتفاق باطل •

(٢) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٩ •

انما اذا ثبت الحق في التقادم ، باكتمال مدته ، جاز للمدين أن ينزل عنه ^(١) ، اذا رآه وسيلة لبراءة ذمته لا تستجيب والضمير . ويكون هذا النزول صراحة أو ضمنا ^(٢) . وانما يجب التشدد في استخلاص معنى التنازل الضمني ، فيجب أن تكون الوقائع التي يستخلص منها قاطعة في الدلالة على معناه ^(٣) ويؤول الشك الى نفيه ، اذ التنازل عن الحق لا يفترض ^(٤) . ومن أمثلة التنازل الضمني ، أن يطلب المدين مهلة من الدائن بعد اكتمال مدة التقادم .

٤٧٨ — لماذا ثبت نزول المدين عن التقادم ، ظل الالتزام باقيا في ذمته ، وبدأ تقادم جديد في السريان ، تماما كما هو الحال في انقطاع التقادم باقرار المدين ^(٥) .

٤٧٩ — انما لا ينفذ هذا النزول في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم م ٣٨٨/٢ . ومن ثم يجوز لهؤلاء الدائنين — بالرغم من أن هذا النزول لا يصدق عليه وصف التصرف القانوني المفقور ، اذ لا يتضمن انقاص حقوق المدين ولا زيادة التزاماته ، وانما لا يبدو أن يكون مجرد تأييد لالتزام قائم من قبل — أن يطعنوا في هذا النزول بالدعوى البولصية . ويبدو أن واضعي المذكرة الايضاحية —

(١) انظر نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ ص ١٩٧٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي للتنازل الضمني : محكمة نيس التجارية ١٩٦٣/٤٧/١٩ (ج.ب ١٩٦٣ — ٢ — ٢٤٩) .
(٣) ولحكمة الموضوع سلطتها في تقدير ذلك ، على أن تحمل قضاءها على اسباب تسوغه ، انظر : نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ ص ١٩٧٧ .

(٤) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض انه : « وان كان من الجائز حمل عدم التمسك بالتقادم محمل النزول الضمني عنه وفقا للظروف ، الا انه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمدا من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به » . انظر نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣ ص ١٣٩ .

(٥) ويرتب الفقه الفرنسي نفس النتيجة على الفرض الذي يتنازل فيه المدين عن التمسك بالتقادم خلال سريانه . انظر : مارتى ورينو بند ٨٧٤ ، جوجلار بند ١١٨٩ .

وقد جارا هم في ذلك بعض الشراح — يستندون الى ما تقضى به
الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ : من ضرورة أن يكون المتنازل عن التقادم
أهلا للتصرف في حقوقه ، حين اعتبروا هذا النزول من قبيل التبرعات ،
ومن ثم أجازوا للدائنين الطعن فيه دون حاجة لاثبات الغش أو
القواطؤ ^(١) . ونرى — على العكس — مع البعض الآخر ، أن النزول
عن التقادم لا يعتبر تبرعا ^(٢) ، ما دام أن الأثر المسقط للتقادم
لا يترتب الا اذا تمسك به المدين . فاذا كان هذا الأخير لم يتمسك
به ، أى تنازل عنه ، فانه بذلك لا يخرج مالا من ذمته وانما يقتصر على
تأييد التزام قائم من قبل ، ومن ثم يجب أن يخضع هذا النزول
للأحكام المعاوضات في خصوص الدعوى البولصية .

عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

٤٨٠ — وفقا لصريح نص المادة ٣٨٨ / ١ ، « لا يجوز الاتفاق
على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » ،
سواء باطالة مدة التقادم ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة الدائن ،
أو حتى بتقصير ^(٣) هذه المدة ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة المدين .

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٤٥ ، وانظر ايضا :
د. الصدة بند ٢٦٠ ، د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٨ .
(٢) من هذا الرأي د. السنهوري ج ٣ بند ٦٦١ ، ٦٦٢ ، وهامش ٣
من ص ١١٤٩ ، د. اسماعيل غانم بند ٢٩٠ ، وقارن : د. البدراوى ،
رسالته سابقة الاشارة بند ١٨١ ، د. محمود جمال الدين زكى بند ٦٢٢ ،
د. جميل الشرقاوى بند ١٣٥ .

(٣) ويرى الفقه الفرنسى — على العكس — ان الاصل هو صحة
الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، حيث يكون هذا الاتفاق في مصلحة
المدين . انظر : ستارك بند ٢٥٠٤ ، مارتى ورينسو بند ٨٦٧ ، وانظر
ايضا : نقض فرنسى ١٩٥٠/١/٣١ (د. ١٩٥٠ — ٢٦١ وتعليق ليربور —
بيجونير ، س ١٩٥٠ — ١ — ١٢١ وتعليق نيبويه ، ج.ك.ب ١٩٥٠ —
٢ — ٥٥٤١ وتعليق أ. فيل) .

على أن هذا الاصل يرد عليه قيدان : اولا : ألا يكون من شأن هذا
الاتفاق أن تكون مدة التقادم بالغة القصر حتى انه لا يعد يبقى أمام الدائن
تقريبا من الوقت ما يمكنه من المطالبة القضائية بحقه (انظر في هذا المعنى ،
السين المدنية ١٩٢٩/٢/٢٦ د. ١٩٢٩ — ٣٠٥ ؛ بيريجو المدنية
١٩٥٤/٧/٦ ج.ب ١٩٥٤ — ٢ — ٢٧٨ ؛ ر.ت ١٩٥٥ — ٣٣٠ وتعليق =

وحظر الاتفاق على اطالة مدة التقادم ، أمر مفهوم وواضح ،
اذ هو التكملة الضرورية لحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق
فيه . ولولاه لأمكن للدائن أن يفرض على مدينه أن ينزل له عن التقديم
مقدما ، بشكل غير مباشر ، حين يتفق معه على اطالة مدته الى أمد
بالغ الطول (٢،١) .

كما أن حظر الاتفاق على تقصير مدة التقادم لمصلحة المدين : هو
أمر مبرر أيضا ، رغم أن العكس قد يبدو للوهلة الأولى . وذلك لأن
المدين — في بعض الأحيان — قد يكون هو الطرف القوي في العقد ،
كشركات نقل الأشخاص أو — البضائع ، بما يخشى معه أن يفرض
هذا المدين تقصير مدة التقادم على دائنه . ولذلك يجيز المشرع .
في بعض الحالات واستثناء من أصل حظر الاتفاق على تعديل مدة
التقادم ، ما اذا كان هذا التعديل لمصلحة الطرف الضعيف في العقد .
كما هو الحال في عقد التأمين . فالدعوى الناشئة عن هذا العقد ،
تتقادم بمضى ثلاث سنوات . ومع ذلك يجيز المشرع ، التعديل في هذه
المدة لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد (م ٧٥٢ ، ٧٥٣) .

= هنري وليون مازو) . ثانيا : حالة ما اذا نص القانون صراحة على بطلان
هذا الاتفاق في فرض خاص . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٢٦ من
قانون التأمين الفرنسي الصادر في ١٣ يولية ١٩٢٠ . انظر في تفاصيل هذه
القيود : ستارك بند ٢٥٠٤ .

(١) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٨٦٦ ؛ جوسران بند ٩٩٠ ؛
كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٣٦٤ .

(٢) ومع ذلك يقصر الفقه الفرنسي بطلان الاتفاق ، على الاطالة
المتفق عليها لحظة التعاقد . ولا يرى ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على
ايقاف التقادم ، الذي بدأ سريانه ، مؤقتا ، ريثما يتم بحث مسألة
متعلقة بوجود الدين نفسه . انظر في هذا المعنى . كولان وكابيتان
ودي لاموراندير بند ٣٦٤ ؛ جوسران بند ٩٩٢ .

ما يترتب على التقادم من آثار :

٤٨١ - ويترتب على التقادم بعد التمسك به «انقضاء الالتزام» م ١/٣٨٦ ، لتسقط معه كذلك « الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » ^(١) م ٢/٣٨٦ . ولولا هذا النص ، لبقى فوائد الخمس سنوات الأخيرة مستحقة للدائن ، باعتبارها ديناً دورياً متجدداً لم تكتمل مدة تقادمه .

ويؤسس بعض الشراح هذه النتيجة ، على أساس من فكرة الأثر الرجعى لانقضاء الالتزام بالتقادم ، اذ يجعلون هذا الانقضاء من وقت بدء سريان التقادم وليس من وقت اكتمال مدته ^(٢) . ومع ذلك يعودون فيستدركون من هذا الأثر الرجعى ، ما لو كان المدين قد سبق أن أوفى بجزء من الدين ، فلا يجيزون له استرداده ، مع أن مكنته هذا الاسترداد هي النتيجة المنطقية لفكرة الأثر الرجعى للتقادم . ولذلك نفضل — مع البعض والآخر — تأسيس سقوط ملحقات الالتزام مع سقوط أصله ، على أساس من فكرة تبعية الفرع للأصل ^(٣) .

٤٨٢ - غير أنه ، رغم انقضاء الالتزام بالتقادم ، إلا أنه يتخلف عن هذا الانقضاء ، في ذمة المدين ، التزام طبيعى (م ١/٣٨٦) . وهو ما دعا البعض من الشراح الى القول بأن التقادم يسقط من الالتزام عنصر المسؤولية فيه فقط ، دون عنصر المديونية ^(٤،٥) .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٦/١١/١٤ الجمعية ١٢٧ ، (عدد ٢) رقم ٢٩٥ ص ١٥٧٩ .
(٢) فى هذا المعنى : د. السنهورى ج ٢ بند ٦٦٨ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٨٩ ؛ د. الصدة بند ٢٥٩ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٥ ؛ وضئنا د. جميل الشرقاوى بند ١٣٦ .
(٣) د. عبد المنعم البدر اوى : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ١٩٧٣ ج ٢ (احكام الالتزام) بند ٤٣٧ .
(٤) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٣ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٨٩ .

(٥) راجع — بوجه عام — فى بسط تأصيل سقوط الدين بالتقادم : د. السنهورى ج ٣ البنود ٦٧٢ — ٦٧٤ (وهو يرى فى البند ٦٧٤ أن التقادم يسقط كلا من الحق والدعوى التى تحميه) ؛ د. البدر اوى ، رسالته =

مدد التقادم ، ومواعيد السقوط (١) :

٤٨٣ — والى جانب ما جعله المشرع لمضى المدة من أثر في اسقاط الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) (٢) على النصوص الذى تقدم ، تستلزم كثير من النصوص ضرورة القيام باجراء معين ، وبالأخص رفع دعوى معينة ، خلال مهلة محددة ، والا سقط الحق فيه ، وكان اتخاذ هذا الاجراء بعد هذه المهلة عديم الأثر قانونا ، وذلك لا لحماية أوضاع استقرت ، كما هو الحال في التقادم ، وانما بغية الاسراع في تصفية مراكز معلقة ، دون أن يكون الأمر — على العكس من التقادم — متعلقا بمطالبة دائن لدينه بوفاء الدين (٣) . ويقال لهذه المواعيد ، تمييزا لهما عن مدد التقادم ، مواعيد السقوط Délai de

déchéance ، أو المواعيد المحددة (أو المقطوعة) Délai préfix وهو — في ضوء هدفها سابق التحديد — تتميز بأنها — على العكس من التقادم — لا تقبل أصلا الوقف ولا الانقطاع ، كما لا يجوز أصلا التنازل عنها ولو بعد ثبوت الحق فيها ، ويتميز على القاضى — أصلا —

سابقة الإشارة بند ٢٢٤ وما بعده (وهو يرى في البند ٢٦٨ أن التقادم يسقط الدعوى فقط دون الحق) ؛ ومن الراى الآخر أيضا : جوجلار بند ١١٨٧ ؛ كاربونيه بند ١٢٩ ص ٥٠٨ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٧١ .

(١) راجع في هذا الخصوص :

VASSEUR (Michel) : Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure. R.T 1950 P. 439 — 472.

جوجلار ، تعليق على نقض (جنائى) ١٩٦٦/٥/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٦ — ٢ — ١٤٧٠٣) ؛ جوجلار و بونتايفيس : تعليق على نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٥٨١٤ مكرر) ؛ كاربونيه مقال المجلة الفصلية ١٩٥٢ سابق الإشارة ص ١٧١ — ١٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ ؛ مارتى ورينو بند ٨٥٩ ؛ ستارك بند ٢٤٩٤ ، ٢٥٠٣ ، وفي مصر : د. البدرأوى رسالته سابقة الإشارة خاصة فقرة ٣٣ وما بعدها ، وفقرة ٤٨ ؛ ومؤلفه : أحكام الالتزام ١٩٧٣ سابق الإشارة بند ٤٠٣ ؛ د. الصدة بند ٢٥٧ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٢) وكذلك الحقوق العينية (عدا حق الملكية) كما سبق ان اشرفنا . راجع سابقا ص ٣٢٣ هامش ٢ .

(٣) ولا بمطالبة صاحب حق مبنى بحقه .

أن يراعيها من تلقاء نفسه • ومثالها : مدة السنة التي تستلزم المادة ١٢٩ مدنى ضرورة أن يرفع ضحية الاستغلال دعوى ابطال العقد أو انقاص التزاماته فيه ^(١) خلالها والا كانت غير مقبولة • وكذلك المدد التي تستلزم المواد ٩٤٠ وما بعدها — في خصوص الأخذ بالشفعة — ضرورة أن يعلن الشفيع فيها رغبته في الأخذ بها وايداع الثمن ورفع دعوى الشفعة : والا سقط حقه فيها • ومدة الثلاث سنوات التي لا تجيز المادة ١/٩٧٧ بعدها للمالك الأصلي للمنقول المسروق أو الضائع أن يطالب باسترداده من تحت ييد الحائز حسن النية الذي تملكه بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ••• الخ ^(٢) •

وكثيرا ما يدق — في الواقع تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بمدة تقادم أو بميعاد سقوط • وقد تكشف عبارة النص في بعض الأحيان عن نوع المدة التي قصدتها المشرع ^(٣) : والا تعين في هذا الشأن البحث عن الهدف المتوخى من تحديد المهلة : أو كما عبرت محكمة النقض المصرية ، تعين البحث في كل حالة على حدة « لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت الى تعيين المدة فيها » ^(٤) • فاذا كان هذا الهدف هو وجوب الاسراع في تصفية مراكز ليس من المصلحة بقاؤها معلقة مدة طويلة ، كان الأمر يتعلق بميعاد سقوط •

(١) محسوبة — هذه المدة — من يوم ابرام هذا العقد .
(٢) ومن أمثلتها الشهيرة في فرنسا : مدة العشر سنوات التي يلتزم المهندس المعماري والمقاول بضمان تهدم ما يشيدانه من مبان أو يقيمائه من منشآت ، أو ما يظهر خلالها فيها من عيوب تتهدد متانتها أو تجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له . انظر بحثنا سابق الاشارة اليه « مسئولية مهندس ومقاول البناء والمنشآت الثابتة الأخرى » بند ٢٤٣ .
(٣) ومع ذلك ، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعبير *Sous Peine de déchéance* الذي يرد في نص مادة ما ، في شأن مهلة ، لا يعنى بالضرورة ان الأمر يتعلق بميعاد سقوط . انظر نقض ١٩٧١/٣/٢ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٠٣) .
(٤) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ أشار اليم د. اسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ ؛ وفي هذا المعنى أيضا : د. اسماعيل غانم بند ٢٩٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

والملاحظ في فرنسا أن القضاء في الآونة الأخيرة ؛ بدأ يقلل من الفوارق بين مدد التقادم ومواعيد السقوط (١) . فقد قبلت بعض الأحكام وقف النوع الأخير من المواعيد متى كان قد استحال على الدائن ، اثر قوة قاهرة ، رفع الدعوى في المهلة المحددة (٢) . بل ورتب بعضها على رفع الدعوى خلالها انقطاع هذه المواعيد . ولو كانت هذه الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة (٣) . والحل الأخير أخذت به أيضا محكمة النقض في مصر في بعض أحكامها (٤) .

(١) اشارة الى ذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .
(٢) أنظر : نقض (غرائض) ١٩٤٦/١١/٢٥ (د . ١٩٤٨ — ٢٢١ وتعليق جـ — هولو) ؛ (ر . ت ١٩٤٧ — ١٨٦ وتعليق لاجارد) ؛ وأنظر أيضا تعليق فواران على نقض ١٩٥٥/١٢/١٣ (د . ١٩٥٦ — ١٩٣) ؛ وأنظر في تأييد هذا الاتجاه ، والتوصية بتعميمه : كاريونيه مقال المجلة الانتقادية ١٩٣٧ سابق الاشارة اليه .
(٣) أنظر : نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج . ك . ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٥٨١٤ مكرر) سابق الاشارة اليه ؛ نقض ١٩٥٦/١٠/١٧ (ر . ت ١٩٥٧ — ١٧٥ وتعليق رينسو) .
(٤) أنظر نقض ١٩٥٣/١١/٥ اشارة اليه د . اسماعيل غانم ص ٥٦ هامش ١ .

قائمة المراجع

اولا - بالعربية

احمد حشمت أبو ستيت :

— نظرية الالتزام في القانون المدني المصري — ١٩٤٥

احمد مرزوق :

— في نظرية الصورية في التشريع المصري — رسالة القاهرة ١٩٥٨ .

اسماعيل غانم :

— النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام والاثبات) — ١٩٦٧

انور سلطان :

— النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام) . بدون تاريخ .

برهام محمد عطا الله :

— اساسيات نظرية الالتزام — ١٩٨٢ .

ثروت حبيب :

— الالتزام الطبيعى (حالاته وآثاره) — ١٩٦١ .

جميل الشرقاوى :

— النظرية العامة للالتزام . الكتاب الثانى (احكام الالتزام) —

١٩٨٣ .

سليمان مرقس :

— احكام الالتزام — ١٩٥٧ .

— موجز اصول الالتزامات — ١٩٦١ .

سمير عبد السيد تفاعو :

— نظرية الالتزام — ١٩٧٥ .

شفيق شحاته :

— حوالة الحق في قوانين البلاد العربية — ١٩٥٤ .

شمس الدين الوكيل :

— دروس في الالتزامات — ٥٩ — ١٩٦٠ .

عبد المرازق حسن فرج :

— الابراء من الالتزام (دراسة مقارنة) — ١٩٧٦ .

عبد الرازق أحمد السهنورى :

- الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد :
- ٢ — نظرية الالتزام بوجه عام . الاثبات . آثار الالتزام — ١٩٥٦ .
- ٣ — الأوصاف . الحوالة . الانقضاء — ١٩٥٨ .

عبد الفتاح عبد الباقى :

- دروس . أحكام الالتزام (بدون تاريخ) .

عبد المنعم البدرأوى :

- أثر مضي المدة في الالتزام . رسالة القاهرة — ١٩٥٠ .
- النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبسانى والقانون المدنى المصرى) ج ٢ أحكام الالتزام — ١٩٦٨ .
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى ج ٢ أحكام الالتزام — ١٩٧٣ .

عبد المنعم فرج الصدة :

- أحكام الالتزام — ١٩٥٥ .

عبد الودود يحيى :

- حوالة الدين . دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الألمانى والمصرى . رسالة القاهرة ١٩٥٧ ط / ١٩٦٠ .
- دروس في النظرية العامة للالتزامات . ج ٢ (أحكام الالتزام والاثبات) — ١٩٨٠ .

عبد الناصر توفيق العطار :

- الأجل في الالتزام . رسالة القاهرة — ١٩٦٤ .

محمد عباس السامرائى :

- انتقال الالتزام بين الأحياء ، في الفقه الإسلامى والقانون المقارن . رسالة كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر — ١٩٧٦ .

محمود جمال الدين زكى :

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى . ط ٣ — ١٩٧٨ .

مصطفى محمد الجمال :

- الوجيز في القانون المدنى (القانون بوجه عام . نشوء الالتزام . أحكام الالتزام) — بدون تاريخ .

ثانياً — بالفرنسية

1 — Thèses et ouvrages généraux et spéciaux

BOURGUIGNON (P) :

- notion juridique de l'interposition de personne. Thèse
Paris — 1960.

CARBONNIER :

- Droit civil. T. 4 (les obligations) — 1969.

CATALA (Nicole) :

- La nature juridique du paiement — 1961.

COLIN (A) et CAPITANT (H) :

- avec le concours de.

DE LA MORANDIERE :

- Cours élémentaire de droit civil français. T. 2 8 éd. 1935.

DAGOT (M) :

- La Simulation en droit privé. — 1967.

GAUDEMET (E) :

- Théorie générale des obligations. publié par :

DEBOIS (H) et GAUDEMET (J) : 1965.

HAILLECOURT (Marcel) :

- Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit
Français. Thèse Bordeaux — 1911.

JOSSERAND (L) :

- Cours de droit civil positif français. T. 2 2 éd. — 1933.

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil. T. 2 (1. er. Vo : les obligations) — 1962.

MAZEAUD (H.L.et.J) : par JUGLART (M. de) :

- Leçons de droit civil. T. 2 5. éd. — 1973.

MENDEGRIS (Roger) :

- La nature juridique de la Compensation — 1969.

N. IOANID (Nicolas) :

— De el Solidarité imparfaite. Thèse paris — 1902.

PILLEBOUT (J.F) :

— Recherches sur l'exception d'inexécution. — 1971.

PLANIOL (M) et RIPERT (G) :

— avec el Concours de.

BOULANGER (J) :

— Traité élémentaire de droit civil T. 2 3 éd. — 1949.

ROCHET (E) :

— La Simulation en droit civil et en droit fiscal Thèse
Toulous — 1906.

STAROK (B) :

— Droit civil (obligations) — 1972.

2 .. Articles

ALFANDARI (Elie) :

— Le controle des clauses penales par le juge. J.C.P.
1971 — 1 — doct — 2395.

ALLIX (Dominique) :

— Reflexions sur la mise en demeure, J.C.P. 1977 — 1 —
doct — 2844.

BOCCARA (Bruno) :

— La liquidation de la clause Penale et la querelle seculaire
de l'article 1231 du code civil J.C.P. 1970 — 1 — doct —
2294.

— La réforme de la clause Penale : Conditions et limites
de l'intervention judiciaire. J.C.P. 1975 — 1 — doct —
2742.

BORE (Jacques) :

— La liquidation de l'astreinte comminatoire. D 1966 —
chr — pp. 159 — 168.

BREDIN (j. d) :

— Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte
Simulé, Rev. trim. 1956 pp. 261 — 289.

CARBONNIER (J) :

- La règle *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. Rev. crit. 1937 pp. 155 — 194.
- Sort de l'hypothèque constituée sur un immeuble faisant l'objet d'une promesse unilatérale de vente. Rev. trim. 1948 pp. 349 — 350 No. 3.
- Le Silence et la gloire. D 1951 — chr — pp. 119 — 122.
- Notes sur la prescription extinctif. Rev. trim. 1952 pp. 171 — 181.

CATALA — FRANJOU (Nicole) :

- De la nature juridique du droit de rétention. Rev. trim. 1967 pp. 9 — 44.

CHABAS (F) :

- Réflexions sur la compensation judiciaire. J.C.P. 1966—1 — doct — 2026.
- Remarques sur l'obligation in solidum. Rev. trim. 1967 pp. 310 — 338.
- La réforme de la clause penale (Loi no 75 — 597 du 9, juillet 1975). D. 1967 — chr — pp. 229 — 236.

CHAUSSÉ (A) :

- De la rétroactivité. dans les actes juridiques. Rev. crit. 1900 pp. 529 — 547.

CHEVALLIER (jean) :

- L'obligation alternative. Rev. trim. 1967 pp. 384 — 385 No. 3.
- L'article 1152 du code civil Rev. trim. 1969 pp. 116—120 No. 2.

DAGOT (m) :

- Interposition de personne (Ency. D) T. 4.

DAVID (François) :

- De la mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 95 — 140.

(م ٢٤ — موجز الاجكام العیامة للالتزام)

DEMOGUE (René) :

- A qui appartient le choix dans les dettes alternatives. Rev. trim. 1929 p. 1092 No. 16.

DERRIDA (F) :

- De la Solidarité Commerciale. Rev. trim. Comm. 1953 pp. 329 — 372.

DRAKIDIS (ph) :

- Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la Compensation acquise. Rev. trim. 1955 p. 238.

ESMEIN (A) :

- L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Rev. trim. 1903 pp. 5 — 53.

ESMEIN (Paul) :

- Les astreints. Leurs nouvelles applications. G.P. 1941 — 1 — doct — pp. 81 — 83.
- La commercialisation du dommage morale. D. 1954 — chr — pp. 113 — 116.

FREJAVILLE (M) :

- L'astreinte. D. 1949 chr — pp. 1 — 4.

GEBLER (Marie .. Joséphe) :

- Les obligations alternatives. Rev. trim. 1969 pp. 1 — 28.

GEGOUT :

- Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 p. 253 et s.

GHESTIN (J) :

- Ency. D. T. 1 sous (Simulation) p. 6 no 60.

HEBRAUD (p) :

- Les pouvoirs du juge des référés pour l'exécution des décisions d'expulsion. Rev. trim. 1950 p. 88 No. 5.

JAMBU .. MERLIN (R) :

- Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques. Rev. trim. 1948 pp. 271 — 299.

JAUBERT (M) :

- De divers cas d'interposition de personne. Rev. crit. 1905 p. 156 — 175.

J. BOULANGER :

- Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques. Rev. trim. pp. 1 — 17.

JOSSERAND (Louis) :

- L'avènement du concubinat. D. H. 1932 — chr — pp. 45 — 51.

KAYSER (P) :

- La solidarité au cas de fautes. Rev. crit. 1931 pp. 197 — 224.
- L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile. Rev. trim. 1953 pp. 209 — 246.

LELOUTRE (Amédée) :

- Des cas d'existence et des effets de la condition. Rev. crit. 1912 pp. 232 — 244 et 291 — 302.

LOUSSOUARN (Yvon) :

- La condition de l'erreur du « Solvens » dans la répétition de l'indu. Rev. trim. 1949 pp. 212 — 230.
- Conséquences de la rétroactivité de la condition suspensive. Rev. trim. 1969 p. 564 No. 13.
- De la distinction du terme et de la condition. Rev. trim. 1970 pp. 768 — 769 No. 13.

MANDE .. DJAPOU (j) :

- La notion étroite du droit de rétention. J.C.P. 1976—1—doct — 2760.

MAZEAUD (Henri) :

- Obligation Conditionnelle. Condition Potestative. Rev. trim. 1939 pp. 225 — 226 No. 7.
- La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile. D. 1954 — chr pp. 39 — 44.

MAZEAUD (H. et L.) :

- L'action paulienne peut — elle être exercée par un créancier contre un acte antérieur à Sa créance ? Rev. trim 1943 pp. 190 — 191 No. 9.
- Action Paulienne : Complicité du tiers; action en responsabilité civile. Rev. trim. 1948 pp. 345 — 346 No. 27.
- Astreint : liquidation avant l'exécution. Rev. trim. 1951 pp. 256 — 258.
- Astreint Prononcée Par la juridiction administrative contre le cocontractant de l'administration. Rev. trim. 1956 p. 730 No 44.
- Action oblique : inutilité d'un titre exécutoire. Rev. trim. 1958 P. 262 No 38.

MAZEAUD (Léon) :

- L'évaluation du Préjudice et la hausse des prix en Cours d' instance. J.C.P. 1942 — 1 — doct — 275.

MEURISSE (R) :

- Le déclin de l'obligation in Solidum. D 1962 — chr — pp. 243 — 246.

MONTEL (Alberto) :

- considérations en matière de réforme de la prescription. Rev. trim 1936 pp. 637 — 648.

PIERRARD (Marie Jeanne) :

- Les procédés de preuve du paiement. Rev trim. 1948 pp. 429 — 447.

PLANIOL (M) :

- De l'action en déclaration de simulation. Rev. crit. 1886 p. 622 — 642.

RASSAT (Michèle .. Laure) :

- L'astreinte définitive. J.C.P. 1967 — 1 doct — 2069.

RAYNAUD (Pierre) :

- La renonciation à un droit R.T 1936 p. 763 et s.
- Saisie — arrêt ; Saisie — exécution ; ces voies d'exécution. Sont — elles Possibles à propos d'une astreinte non liquidée ? Rev. trim. 1950 p. 403 No 28.

RIPERT :

- Le droit de ne pas payer ses dettes. D.H 1936 — chr — p. 57 et s.

TUNC (André) :

- Astreinte provisoire et astreinte définitive. Rev. trim. 1961 p. 502 No 31.

VASSEUR (Michel) :

- Délai préfix ; délai de prescription, délai de procédure. Rev. trim. 1950 pp. 439 — 472.

VINCENT (Jean) :

- L'extension de la jurisprudence de la notion de la solidarité passive. Rev. trim. 1939 pp. 601 — 683.

VITU (André) :

- Subrogation légale et droit des assurances. Rev. gén. des. ass. terr. 1946 pp. 231 — 260.

WEILL (Alex) :

- Dommages — intérêt compensatoires et mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 203 — 266.

3 — Notes de jurisprudence

AUBERT (Jean .. Luc) : sous :

- civ. 1/6/1983 D 1984 — J — 152.
- com. 20/7/1983 D 1984 — J — 422.

BALLEYDIER (L) :

- civ. 5/4/1894 S 1895 — 1 — 129.

BECQUE(M) :

- civ. 10/4/1948 J.C.P. 1948 — 2 — 4403.

BEQUIGNON (ch) :

- Paris 24/7/1928 S 1929 — 2 — 97.

BESSON (A) :

- Lyon 2/3/1943 R.G.A.T. 1943 — 246.
- civ 5/3/1945 D 1946 — 1.

BLAEVOET (ch) :

— civ. 30/6/1964 (2 esp) J.C.P 1965 — 2 — 14162.

BLONDEAU :

— Tr. civ. Seine 4/10/1954 G.P 1954 — 2 — 343.

BOCCARA (Bruno) :

— Paris 29/6/1964 J.C.P. 1965 — 2 — 14135.

BREAU (chr) :

— Toulouse 19/10/1960 D 1962 — 96.

BRETON (André) :

— civ. 14/12/1983 D 1984 — J — 310.

BRICOUT :

— (Rapport) : Req. 17/7/1929 D 1929 — 1 — 143.

CHABAS :

— com. 21/7/1980 D 1981 — 335.

COMBALDIEU :

— (Conclusion) : Paris 11/3/1957 G.P. 1957 — 1 — 324.

DAGOT (M) et SPITERI (P) :

— Amiens 12/1/1970 J.C.P. 1971 — 2 — 16872.

DALANT (R) :

— Paris 23/7/1937 J.C.P. 1938 — 2 — 492.

DEBOIS (H) :

— civ. 27/2/1951 D 1951 — J — 329.

E. K :

— civ. 30/6/1965 G.P. 1965 — 2 — 329.

ESMEIN (Paul) :

— civ. 16/1/1962 J.C.P. 1962 — 2 — 12557.

FABRE :

— (Conclusion) : T.G.I. Paris 3/7/1968 J.C.P. 1968 —
2 — 15569.

FLOUR (J) :

— civ. 22/2/1944 D 1945 — J — 293.

FOULON .. PIGANIOL (c.i.) :

— civ. 16/1/1962 S 1962 — 281.

FREJAVILLE (M) :

— soc. 30/11/1950 J.C.P. 1591 — 2 — 6089.

GAVALDA (ch) :

— Paris 25/7/1968 J.C.P. 1968 — 2 — 15637.

— Paris 23/1/1970 J.C.P. 1971 — 2 — 16837.

GHESTIN (J) :

— T.G.I. Nice 24/10/1970 J.C.P. 1971 — 2 — 16866.

— civ. 15/1/1980 D 1981 — i.r. — 312.

G. HOLLEAUX :

— Req. 25/11/1946 D 1948 — 321.

— civ 20/10/1959 D 1959 — 537.

GORE (F) :

— Valence 14/12/1960 D 1961 — 619.

G. PARLEANI :

— Com. 30/6/1980 D 1982 — J — 53.

H. A. :

— Paris 2/12/1926 D 1927 — 2 — 117.

HAMEL (M) :

— Req. 20/10/1920 S 1922 — 1 — 201.

HAURIO (M) :

— C.E. 15/11/1922 S 1924 — 3 — 33.

H. B. :

— civ 22/5/1967 et Paris 11/3/1967 J.C.P 1968—2—15334.

H. L. :

— Paris 21/5/1946 D. 1946 — 403.

HONORAT (A) :

— Civ. 26/1/1981 D. 1982 — J — 1

HUBERT :

— civ. 13/4/1923 S. 1926 — 1 — 17.

J. A. :

- civ. 1/2/1965 J.C.P 1965 — 1 — 14187.
- civ. 18/1/1967 J.C.P 1967 — 15005.

J. E. L. :

- Seine. 9/1/1879 S. 1881 — 2 — 21.

J. M.R. :

- Crim. 11/4/1983 D. 1984 — I. r — 400.

JUGLART (De. Michel) :

- Crim. 17/5/1966 J.C.P. 1966 — 2 — 14703.

JUGLART (De) et PONTAVICE (E) :

- civ. 4/11/1968 J.C.P. 1969 — 2 — 15814 bis.

LABBE (J.E) :

- Civ. 03/3/1892 S 1892 — 1 — 481.

LAMAND (F) :

- Civ. 8/6/1963 D. 1964 — 713.

LANDRAUD (D) :

- Lyon 20/4/ ct 25/2/1982 D. 1983 — J — 586₂.

LARROUMET (Ch) :

- T.G.I Strasbourg 24/3/1971 D. 1973 — 16.
- Paris 19/3/1981 D. 1981 — I. r — 443.
- Civ. 19/1/1982 D. 1982 — J — 457.

LENOAN (R) :

- Civ. 10/4/1948 D. 1948 — 421.

LEVY (J. Ph) :

- Civ. 10/10/1966 J.C.P 1968 — 2 — 15322.

LINDON (R) :

- T.G.I Paris 31/1/1984 D. 1984 — J — 283.

LOUSSOUARN :

- Civ. 3/10/1968. Rev. trim. 1969 — 564.
- Com. 3/6/1969. R.T. 1970 — 351.
- T.G.I. Strasbourg 24/3/1971 R.T. 1972 — 777.

L. P. :

— Civ. 5/3/1945 J.C.P. 1945 — 2 — 2798.

LYON .. CAEN (Ch) :

— Req. 8/7/1901 S. 1902 — 1 — 113.

MAGNOL (J) :

— Limoge 14/10/1910 D. 1911 — 2 — 393.

MALAURIE (Ph) :

— Civ. 17/1/1984 D. 1984 — J — 437.

MARTIN (D) :

— Civ. 24/2/1981 D. 1982 — 479.

— Civ. 11/1/1984 D. 1984 — I.r — 275.

MAZEAUD (Henri et Léon) :

— Paris 5/2/1943 R.T 1944 — 117.

— Lyon 2/3/1943 R.T 1944 — 38.

— Civ. 5/3/1945 R.T 1946 — 36.

MAZEAUD (Jean) :

— Civ. 18/1/1967 D. 1967 — 358.

— Civ. 4/2/1969 D. 1969 — 601.

MATHIOT (A) :

— C.E 28/7/1951 S. 1952 — 3 — 25.

MEURISSE (R) :

— Tr. Civ. Cherbourg 4/12/1950 S. 1953 — 2 — 9.

MIMIN (P) :

— Req. 21/6/1937 D. 1938 — 1 — 28.

MOURGEON (L) :

— Civ. 30/4/1970 J.C.P 1971 — 2 — 16674.

M. P. :

— Civ. 14/3/1900 D. 1900 — 1 — 497.

NAST (Marcel) :

— Montpellier 7/7/1932 D. 1933 — 2 — 97.

PIC (Paul) :

— Aix 19/4/1928 D. 1930 — 2 — 17.

PIERRON (J) :

— Civ. 7/2/1968 J.C.P. 1968 — 2 — 15600.

PIERRE .. MAZEAUD :

— Paris 16/2/1961 J.C.P. 1961 — 2 — 12146.

PLANIOL (Marcel) :

— Civ. 30/3/1892 D. 1892 — 1 — 281.

P. M. :

— Req. 20/10/1920 D. 1920 — 1 — 161.

PONSARD (A) :

— Civ. 29/6/1948 D. 1949 — 129.

POULAIN (G) :

— Civ. 27/5/1970 J.C.P. 1971 — 2 — 16675.

PRIEUR (R) :

— Poitiers 10/10/1967 J.C.P. 1968 — 2 — 15544.

— Civ. 25/10/1968 J.C.P. 1969 — 2 — 16062.

— Civ. 7/3/1969 J.C.P. 1970 — 2 16461.

RADOUANT (J) :

— Civ. 4/3/1931 D. 1933 — 1 — 73.

— Paris 23/7/1937 D. 1939 — 2 — 81.

— Civ. 14/5/1952 D. 1953 — 625.

RAU (Le Conseiller) :

— (Rapport) : Civ. 14/3/1900 D. 1900 — 1 — 497.

RODIÈRES (R) :

— civ. 16/1/1962 D 1962 — 199.

SAVATIER (R) :

— civ. 29/2/1956 J.C.P. 1956 — 9263.

— civ. 8/6/1963 J.C.P. 1965 — 2 — 14087.

VASSEUR :

— civ. 15/10/1980 D 1981 — J — 348.

VELLIEUX (P) :

— civ. 17/4/1956 J.C.P. 1956 — 2 — 9330.

— ٢٧١ —

VERDIER (J.M) :

— Paris 29/11/1962 D 1962 — 649.

VIALLETON (H) :

— civ. 2/1/1924 S 1924 — 1 — 169.

VOIRIN (Pierre) :

— civ. 13/12/1955 D 1956 — 193.

— civ. 13/2/1963 D 1963 — 316.

VOISIN :

— (Rapport) : Req 21/4/1896 D 1896 — 1 — 484.

WEILL (A) :

— civ. 20/6/1938 D 1939 — 1 — 26.

الفهرس

تقديم ، وتقسيم ٣

الباب الاول

آثار الالتزام

تمهيد :

تنفيذ الالتزام (وجوبه . أنواعه . مدى امكان الجبر عليه) ... ٧
الالتزام الطبيعي ٩

الفصل الاول

التنفيذ العيني

المبحث الاول : شروط التنفيذ العيني ١٧
المبحث الثانى : كيفية التنفيذ العيني ٢٠
المبحث الثالث : احدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني
(الغرامة التهديدية) ٢٥

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

المقصود به ، ونوما التعويض ، وشروط استحقاقه ... ٣٨
تقسيم ٣٩
المبحث الاول : الاعذار ٣٩
المبحث الثانى : كيفية تقدير التعويض ٤٦
— المطلب الاول : التعويض القضائى ... ٤٧
— المطلب الثانى : التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ... ٦٣
— المطلب الثالث : التعويض القانونى (الفوائد) ... ٧١

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان

تمهيد : فكرة الضمان العام . تقسيم ... ٨٦
المبحث الاول : الدعوى غير المباشرة ٨٨

٩٧	المبحث الثاني : الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف) ...
١١٦	المبحث الثالث : دعوى الصورية ...
١٢٩	المبحث الرابع : شهر الاعسار ...
١٢٦	المبحث الخامس : الحق في الحبس ...

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

١٤٩	تمهيد : وتقسيم ...
-----	--------------------

الفصل الأول

الأوصاف التي ترد على الرابطة القانونية (الشرط ، والأجل)

١٥١	تمهيد ، وتقسيم ...
١٥١	المبحث الأول : الشرط ...
١٧٥	المبحث الثاني : الأجل ...

الفصل الثاني

الأوصاف التي ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل) (الالتزام التخييري والالتزام البدلي)

١٨٨	أولا : الالتزام التخييري ...
١٩٢	ثانيا : الالتزام البدلي ...

الفصل الثالث

الأوصاف التي تتعلق بأطراف الرابطة القانونية (تعدد طرفي الالتزام ، التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)

١٩٤	المبحث الأول : التضامن ...
١٩٤	تمهيد ...
١٩٦	— المطلب الأول : التضامن الإيجابي (التضامن بين الدائنين)
٢٠٠	— المطلب الثاني : التضامن السلبي (التضامن بين المدينين)
٢١٣	المبحث الثاني : عدم القابلية للانقسام ...

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢٢١	تمهيد ...
-----	-----------

الفصل الأول

حوالة الحق

٢٢٢	تعريفها ، والفرض منها ، تقسيم
٢٢٣	المبحث الأول : انعقاد حوالة الحق
٢٢٤	المبحث الثانى : نفاذ الحوالة
٢٢٩	المبحث الثالث : آثار الحوالة

الفصل الثانى

حوالة الدين

٢٣٨	تعريف ، وتقسيم
٢٣٨	المبحث الأول : حوالة الدين باتفاق المدين الاصلى والمدين الجديد
٢٤٩	المبحث الثانى : حوالة الدين باتفاق الدائن مع المدين الجديد

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٥٣	تمهيد . اسباب انقضاء الالتزام . تقسيم
-----	-----	-----	-----	-----	---------------------------------------

الفصل الاول

انقضاء الالتزام بالوفاء

٢٥٤	تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه
٢٥٧	المبحث الأول : الأحكام العامة للوفاء
٢٥٧	تقسيم
٢٥٧	— المطلب الأول : طرفا الوفاء
٢٦٧	— المطلب الثانى : محل الوفاء
٢٧٢	— المطلب الثالث : ظروف الوفاء
٢٧٣	المبحث الثانى : الوفاء مع الحلول
٢٧٣	المقصود به ، والفرض منه ، تقسيم
٢٧٥	— المطلب الأول : حالات الوفاء مع الحلول
٢٨٣	— المطلب الثانى : آثار الحلول

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٢٨٩	حصر ، وتقسيم
٢٨٩	(او الاعتياض)	المبحث الأول : الوفاء بمقابل	
٢٩٤	المبحث الثانى : التجديد	
٢٩٤	التعريف به ، ومدى أهميته ، تقسيم	
٢٩٦	— المطلب الأول : شروط التجديد	
٣٠٢	— المطلب الثانى : آثار التجديد	
٣٠٥	المبحث الثالث : الإنابة فى الوفاء	
٣١٠	المبحث الرابع : المقاصة	
						التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها : وتمييزها عن غيرها ،	
٣١٠	وانواعها ، تقسيم	
٣١٣	— المطلب الأول : المقاصة القانونية	
٣١٣	تقسيم	
٣١٣	الفرع الاول : شروط المقاصة القانونية	
٣١٧	الفرع الثانى : أحكام المقاصة القانونية	
٣٢٥	— المطلب الثانى : المقاصة الانتقامية والمقاصة القضائية	
٣٢٧	المبحث الخامس : اتحاد الذمة	

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٢٣.	تقسيم
٣٣.	المبحث الأول : الإبراء
٣٣٢	المبحث الثاني : استحالة التنفيذ
٣٣٤	المبحث الثالث : التقادم المسقط
٣٣٤	تعريفه ، وأساسه
٣٣٥	تقسيم
٣٣٦	- المطلب الأول : مدة التقادم
٣٤٤	- المطلب الثاني : كيفية حساب مدة التقادم
	-- المطلب الثالث : ما يعترض سريان التقادم (الوقف والانتقطاع)
٣٤٦	- المطلب الرابع : أحكام التقادم
٣٥٤	- المراجع العربية
٣٦٥	- المراجع الفرنسية
٣٦٧	

تصويب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧	١٣	الحاضر	الحاضر يرد
١٢	٨	واب	واجب
١٥	٦	يمكن	يمكن اجمال
١٦	١	قبل	قبيل
١٨	١٩	مساسا	مساس
٢١	١٥	كان	كان محل
٢٢	٢٥	مرتبط	مرتبطا
٢٤	٧	ارهاقا جسيما	ارهاق جسيم
٢٤	٨	ضررا جسيما	ضرر جسيم
٣٥	٣	تطور كبير	تطورا كبيرا
٣٨	٩	ارهاقا	ارهاق
٤٨	١٠	ارهاقا	ارهاق
٤٨	١١	ضررا جسيما	ضرر جسيم
٥٠	١٤	تعويضا	تعويض
٥٤	١	٣	٢,
٥٥	٦	التعويض	٣ — التعويض
٥٦	٨	من ينقد	ينتقد
٦٩	٢	من	من
٦٩	١٠	يعطيان	يعطيان
٧١	١٠	الاصلاح	الاصطلاح
٧٥	٢	ضررا	ضرر
٧٧	٤	يتبقى	يتبقى
٧٧	٢٠	ضررا	ضرر
٧٩	٢٤	وهنا	رهنها

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨٩	١٢	سندا	سند
٨٩	١٣	تنفيذا	تنفيذى
٩٢	هامش ٢ سطر ٢	١٩٦٠	١٩٦١
٩٦	١٧	نشدا	نشأ
١٠٧	هامش ١	بند	بند ٤٠٧
١٠٩	الهامش ٤ سطر ٢	— ١ —	— ٢ —
١١٠	هامش ١ سطر ٦	— ١ —	— ٢ —
١١١	٤	غشا	غش
١١١	٤	وتواطؤا	وتواطؤ
١١٦	هامش ١ سطر ٧	déclaration	déclaration
١١٦	هامش ١ سطر ٧	cimulation	simulation
١١٩	٩	٤٣١	٤٧١
١١٩	١٥	حقيقته	حقيقة
١٢٧	٧	أخرى	أخرى دفع
١٣٩	١٧	ارتباطا	ارتباط
١٤٢	١٧	بالحق العينى	المرتهن
١٤٢	٢٠	الراسى	للراسى
١٤٢	٢٥	بحق عينى	مرتهن
١٤٤	١٥	ما	مما
١٥١	٢١	لمعانى	لمعان
١٥٩	٩	علق	علق على
١٨٠	١٣	المؤخر	المؤجر
١٨١	٧	delai	délai
١٨٧	١٦	اثرا رجعيا	اثر رجعى
١٨٨	٤	الالتزام	أولا : الالتزام
١٩٥	هامش ٢ سطر ٥	١/٢١	١/٢

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٠	١	المبحث	المطلب
٢٠٢	٤	بمدينه	بمدينيه
٢٠٩	٤	يتمسكو	يتمسكوا
٢١٤	٧	اما	اما
٢٢١	٦	الالتزام	التزام
٢٣٢	٢٦	اشهروا	اشهروا
٢٣٤	٢٢	٢٠٠	٣٠٠
٢٣٤	٢٣	٢٠٠	٣٠٠
٢٣٤	٢٣	١٥٠	٥٠
٢٤٠	٦	مشتري	مشتري
٢٥١	١	الثالث	الرابع
٢٥١	٢	انتقال	انقضاء
٢٥٩	هامش ٢ سطر ٨	١٩٣٦	١٣٦
٢٧٣	١٥	شخص	شخصا
٢٧٦	هامش ١	261	231 — 260
٢٧٧	١٩	تالى	تال
٢٧٧	٢٢	يتبقى	يتبقى
٢٨٠	هامش ١ سطر ٣	٤٩ —	٤٨ —
٢٨١	٥	المفى	الموفى
٢٨١	٨	تالى	تال
٢٨٣	٦	تالى	تال
٢٨٤	هامش ١ سطر ٧	١٩٦٥/١/١	١٩٦٥/٢/١
٢٩٩	٢	كليهما	كليهما
٣١٤	٧	الالتزامين المتقابلين	الالتزامان المقابلان
٣٢٢	١٧	حق	حقا
٣٣١	١٢	يتمشى	يتفق

رقم الايداع ١٩٨٥/٣٩٩٤

